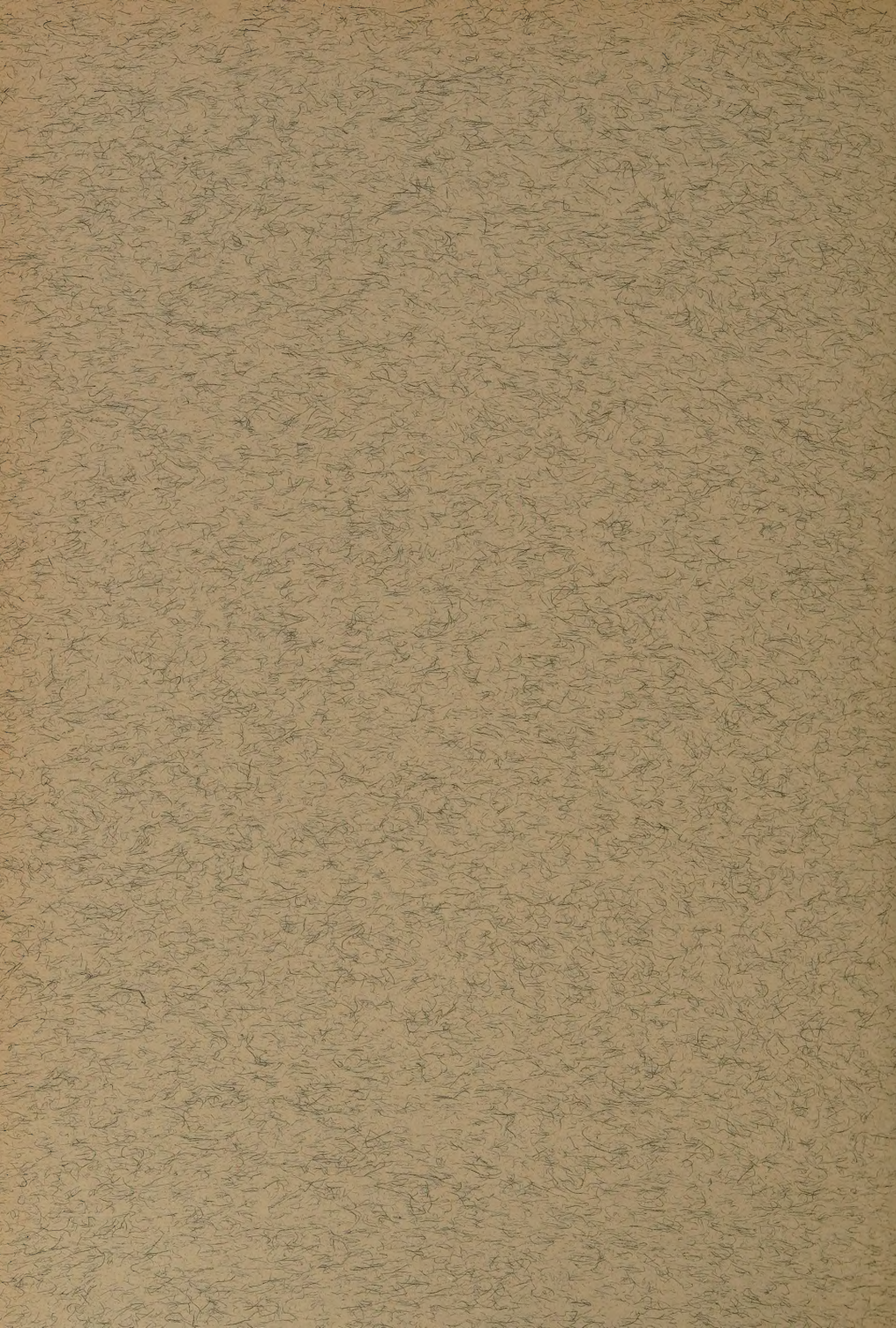


HELMUT WIETKAMP

**Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs
unter besonderer
Berücksichtigung des Bestattungswesens**

1962



**Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs
unter besonderer
Berücksichtigung des Bestattungswesens**

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
HELMUT WIETKAMP
aus Münster (Westf.)

1962

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Zuhorn
Dekan: Prof. Dr. Lukes
Tag der mündlichen Prüfung: 16. 12. 1961



Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht

§ 1	Einführung	1
T e i l I		
Das Rechtsinstitut des A- und B-Zwangs		
	I. Kapitel: Begriff und Wesen des A- und B-Zwangs	5
§ 2	Begriffsbestimmungen	5
§ 3	Das Wesen des A- und B-Zwangs und Unterschiede	9
	II. Kapitel: Geschichtlicher Rückblick	11
§ 4	Ursprünge des A- und B-Zwangs	11
§ 5	Der A- und B-Zwang durch polVO und Gemeinde- satzung	13
§ 6	Der A- und B-Zwang in § 18 DGO	15
	III. Kapitel: Die heutige Rechtslage	15
§ 7	Die Rezeption des § 18 DGO in die Gemeindeord- nungen der westdeutschen Länder	15
§ 8	Die Voraussetzungen des A- und B-Zwangs	19a
	I. Formelle Voraussetzungen	19a
	1. Das Zustandekommen der Satzung	20
	2. Der notwendige Inhalt der Satzung	21
	3. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde	24
	4. Die Verkündung der Satzung	24
	II. Materielle Voraussetzungen	25
	1. Das Vorliegen einer öffentlichen gemeind- lichen Einrichtung	25
	a) Das Verhältnis der öffentlichen ge- meindlichen Einrichtungen zu den gemeindlichen Anstalten	28
	b) Rechtscharakter des Benutzungs- verhältnisses	32
	c) Öffentlich-rechtlicher Zulassungs- zwang als Korrelat des A- und B-Zwangs	42a
	d) Schranken des Benutzungsrechts	45
	2. Der Volksgesundheit dienend	47
	3. Das dringende öffentliche Bedürfnis	48

IV. Kapitel: Die mit dem Rechtsinstitut zusammenhängenden Probleme	54 a
§ 9 Der "A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer"	54 a
§ 10 Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zu öffentlich-rechtlichen Monopolen	60b
§ 11 Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zu den wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen	63

T e i l II

Die Einrichtungen des A- und B-Zwangs

I. Kapitel: Die gesetzlich einheitlich genannten Einrichtungen	68
II. Kapitel: Die gesetzlich nicht einheitlich genannten "ähnlichen der Volksgesundheit dienenden" Einrichtungen	68
§ 12 Die Fäkalienabfuhr	69
§ 13 Die Tierkörperbeseitigung	69
§ 14 Das Bestattungswesen	70
I. Allgemeines	70
II. Bestattungseinrichtungen	73
1. Friedhöfe	73
a) Geschichtlicher Rückblick	73
b) Der B-Zwang	79
2. Krematorien	84
3. Leichenhallen	87
III. Bestattungsdienstleistungen	88
1. Leichenbehandlung (-besorgung)	88
2. Leichenbeförderung	93
a) Örtliche Beförderung	94
aa) Der B-Zwang aus verkehrspolizeilichen Gründen	97
bb) Der B-Zwang aus volksgesundheitlichen Gründen	98
b) Überörtliche Beförderung	103
3. Lieferung von Särgen, Urnen, Sargausstattungen und Sterbewäsche	106
§ 15 Zusammenfassung	107

T e i l III

Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zum Grundgesetz

§ 16	Allgemeines	110
§ 17	Das Verhältnis zu Art. 12 I GG	115
	I. Die Regelung der Berufsfreiheit durch "Gesetz"	119
	II. Die "Stufenordnung" für eine Regelung der Berufsfreiheit	123
§ 18	Das Verhältnis zu Art. 14 GG	127
	I. Die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Grundstückseigentümer	128
	II. Die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden	135
	1. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als "eigentumswertes" Recht i.S. von Art. 14 GG	138
	2. Die Junktim-Klausel des Art. 14 III 2 GG	146
§ 19	Das Verhältnis zu Art. 19 I 2 GG	152
	I. Die Satzung des A- und B-Zwangs als die Berufsfreiheit "regelndes" Gesetz (Art. 12 I 2 GG) und als Enteignungsgesetz (Art. 14 III 2 GG)	154
	II. Die Satzung des A- und B-Zwangs als eigentumsbindendes Gesetz (Art. 14 I 2 GG)	156
§ 20	Zusammenfassung	158

Literaturverzeichnis

- Abraham-Bühler u.a. Kommentar zum Bonner Grundgesetz
sogen. Bonner Kommentar
Hamburg ab 1950.
(zit.: BK)
- Alnor, Hans Zulässigkeit polizeilichen Zwanges
zur Benutzung kommunaler Anstalten
Diss.jur. Kiel 1923
(zit.: Zulässigkeit)
- Arndt, Adolf Die Bindungswirkung des Grund-
gesetzes
in: BB 1960, 993
(zit.: Bindungswirkung)
- Arnold, K. Fragen zu einer Gemeindegatzung
über das Bestattungswesen
in: Gemeindehaushalt 1954, 16
(zit.: Fragen)
- van Aubel, Peter Die Wirtschaftlichkeit gemeind-
licher Monopolbetriebe
in: Die wirtschaftliche Betätigung
der Gemeinden S. 42 - 58 (heraus-
geg. v. Seraphim) - Verwaltungs-
und Wirtschaftsakademie -
Bochum 1957
(zit.: Monopolbetriebe)
- Bachof, Otto Rechtsnatur, zulässiger Inhalt und
gerichtliche Anfechtung von Fried-
hofsordnungen (dargestellt am Kunst-
steinverbot)
in: AöR 78, 84
(zit.: Rechtsnatur)
- ders. Der Rechtsschutz im öffentlichen
Recht: Gelöste und ungelöste Pro-
bleme
in: DöV 1953, 417
(zit.: Rechtsschutz)
- ders. Zur Bedeutung des Entschädigungs-
Junktims in Enteignungsgesetzen
in: DöV 1954, 592
(zit.: Bedeutung)
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesver-
waltungsgerichts (BVwGE 1 - 3)
in: JZ 1957, 334

- ders. Zum Apothekenurteil des BVfG
in: JZ 1958, 468
- ders. Freiheit des Berufs
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte -
Handbuch der Theorie und Praxis
der Grundrechte -
III. Bd. 1. Halbbd. S. 156 - 265
Berlin 1958
(zit.: Freiheit)
- Ballerstedt, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte -
Handbuch der Theorie und Praxis
der Grundrechte -
III. Bd. 1. Halbbd. S. 1 - 90
Berlin 1958
- Barocka, Egon Die Berücksichtigung sozialer Ge-
sichtspunkte bei der Erhebung von
Gebühren und Beiträgen für kommu-
nale Abwasseranlagen, ihre Möglich-
keiten, Problematik und Grenzen
in: DVBl 1960, 825 ff.
(zit.: Berücksichtigung)
- ders. Der Gleichheitsgrundsatz und die
Erhebung von Entgelten durch Staffe-
lartarife mit Mengenrabatten für kom-
munale Abwasseranlagen
in: Gemeindehaushalt 1961, 78 - 81,
97 - 102, 121 - 126
(zit.: Gleichheitsgrundsatz)
- Bauer, Werner Die deutsche Bestattungswirtschaft
Diss. rer. pol. Berlin 1934
(zit.: Bestattungswirtschaft)
- Becker, Erich Kommunalverfassung und Kommunal-
verwaltung
in: Die Verwaltung Heft 8
Braunschweig 1957
(zit.: Kommunalverfassung)
- Berner, Max Das Bestattungswesen in Preußen
Berlin 1932
(zit.: Bestattungswesen)
- Blaum, Kurt Öffentliche Verwaltung und wirt-
schaftliche Unternehmen
in: DVBl 1958, 666
(zit.: Wirtschaftliche Unternehmen)
- Brand, Jürgen Die Rechtsstellung des Beliehenen
Diss. jur. Münster 1953
(zit.: Rechtsstellung)

- Brunner, Wilhelm Das Friedhofs- und Bestattungsrecht
Berlin 1927
(zit.: Bestattungsrecht)
- Buhlmann, Günther Zur Rechtsnatur der Kanalanschluß-
kosten
in: KStZ 1958, 211
(zit.: Rechtsnatur)
- David, Joachim Die Sitzungsgewalt der Gemeinden in
Nordrhein-Westfalen
Diss.jur. Münster 1960
(zit.: Sitzungsgewalt)
- Doms, Wilhelm Das recht auf Benutzung der öffent-
lichen Einrichtungen der Gemeinde
Stuttgart-Berlin 1940
(zit.: Öffentliche Einrichtungen)
- Dornseiff, Otto Die rechtliche Gestaltung des
Friedhofs- und Bestattungswesens
in den politischen Gemeinden
Preußens
in: FfZfVwR 64, 146
(zit.: Gestaltung)
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht
6. Aufl. Berlin-Köln 1954
(zit.: Polizeirecht)
- Dreyer, Fritz Gewerbefreiheit und Gemeindemonopol
Diss.jur. Marburg 1930
(zit.: Gemeindemonopol)
- Drillinger Die Aufgaben der kommunalen
Schlachthöfe auf dem Gebiete der
angewandten Hygiene und Tierseuchen-
bekämpfung
in: KommWirtsch 1959, 163
(zit.: Aufgaben)
- Dürig, Günter Art. 2 des Grundgesetzes und die
Generalermächtigung zu allgemein-
polizeilichen Maßnahmen
in: AöR 79, 57
(zit.: Generalermächtigung)
- ders. in: Maunz-Dürig, Grundgesetz
(Kommentar) - Loseblattsammlung -
München und Berlin 1960
(zit.: GG)
- Elleringmann, Rudolf Grundlagen der Kommunalverfassung
und der Kommunalaufsicht,
Stuttgart 1957
(zit.: Grundlagen)
- Enderling Die Rechtsgrundlagen für die be-
hördliche Regelung der Aufstellung
von Mülltonnen
in: DStT 1956, 225
(zit.: Rechtsgrundlagen)

Eyermann-Fröhler

Verwaltungsgerichtsgesetz für
Bayern, Bremen, Hessen und
Württemberg-Baden
München-Berlin 1950
(zit.: VGG)

Fischer-Bärbig

Die Sozialisierung des Bestattungs-
wesens
Dresden 1921
(zit.: Sozialisierung)

Fischerhof, Hans

Öffentliche Versorgung mit Wasser,
Gas, Elektrizität und öffentliche
Verwaltung
in: DöV 1957, 305
(zit.: Öffentliche Versorgung)

ders.

"Daseinsvorsorge" und wirtschaft-
liche Betätigung der Gemeinden
in: DöV 1960, 41
(zit.: wirtschaftliche Betätigung)

Fleiner, Fritz

Institutionen des Deutschen Ver-
waltungsrechts
8. Aufl. Tübingen 1928
(zit.: Institutionen)

Fleischmann

Wörterbuch des deutschen Staats-
und Verwaltungsrechts Bd. I
Tübingen 1911
(zit.: Wörterbuch)

Flessa

Anm. zu den Urteilen des OVG Mün-
ster v. 19.12.1958 und des BVwG
v. 9.6.1959 beide zit. DVBl 1959, 665
in: DVBl 1960, 137
(zit.: Anm.)

Floegel-Hartung

Straßenverkehrsrecht 8. Aufl.
München-Berlin 1953

Forsthoff, Ernst

Lehrbuch des Verwaltungsrechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
3. Aufl. München und Berlin 1953
6. Aufl. München und Berlin 1956
7. Aufl. München und Berlin 1958
8. Aufl. München und Berlin 1961

ders.

Eigentumsschutz öffentlich-rechtli-
cher Rechtsstellungen
in: NJW 1955, 1249
(zit.: Eigentumsschutz)

Friedrichs, Karl

Das Recht der Versorgungsbetriebe
Berlin-Friedenau 1928
(zit.: Versorgungsbetriebe)

ders.

Aufgaben der deutschen Gemeinden
Berlin 1936
(zit.: Aufgaben)

- Fritz, Hanns Anschluß- und Benutzungszwang und
öffentliche Entschädigung im
Rahmen des Gemeinderechts der west-
deutschen Länder
Diss.jur. Würzburg 1956
(zit.: Diss.A-u.B-Zwang)
- Gaedke, Jürgen Handbuch des Friedhofs- und Be-
stattungsrechts
Göttingen 1954
(zit.: Handbuch)
- Giese, Friedrich Enteignung ohne Ende
in: DRiZ 1953, 61
(zit.: Enteignung)
- Göb, Rüdiger Die geschichtliche Entwicklung des
Friedhofsrechts und seine Anwendung
in der kommunalen Praxis
in: Gemeinde 1956, 137
(zit.: Entwicklung)
- Göbel, Kurt Gemeindeordnung für Baden-Württem-
berg
Stuttgart 1956
(zit.: Komm.z.bwGemO)
- Haas, Diether Das Verwaltungsprivatrecht im
System der Verwaltungshandlungen
und der fiskalische Bereich
in: DVBl 1960, 303
(zit.: Verwaltungsprivatrecht)
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz
Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956
(zit.: GG)
- Händel, Konrad Gewerbefreiheit und Monopolverbot
im Leichentransportwesen
in: BestGew 1959, 54
(zit.: Gewerbefreiheit)
- Hartmann, Dietrich Die Entwicklung des Anschluß- und
Benutzungszwangs gemeindlicher Ein-
richtungen unter Berücksichtigung
des § 18 DGO vom 18. 1. 1935
Diss.jur. Hamburg 1939
(zit.: Diss.A-u.B-Zwang)
- Helmreich Bayerische Gemeindeordnung
München 1953
(zit.: Komm.z.bayGemO)
- Helmreich-Widtmann Bayerische Gemeindeordnung
2. Aufl. München 1959
(zit.: Komm.z.bayGemO)
- Herder Der Große Herder - Nachschlagewerk
für Wissen und Leben -
5. Aufl. Freiburg 1954

- Heß, Carlo Friedhof und Grabstätte im Privat-
recht
Diss.jur. Gießen 1935
(zit.: Diss.Friedhof)
- Hippel-Rehborn Gesetze des Landes Nordrhein-West-
falen - Textsammlung mit Verweisun-
gen und Sachverzeichnis - herausgeg.
v. Ernst v.Hippel und Helmut Rehborn
München und Berlin 1959
- Hölzl-Rollwagen Gemeindeordnung für den Freistaat
Bayern
2. Aufl. München 1953
(zit.: Komm.z.bayGemO)
- Hofmann, Otto Das Recht des gemeindlichen An-
schluß- und Benutzungszwangs nach
der DGO vom 30. 1. 1935
Diss.jur. Marburg 1938
(zit.: Diss.A-u.B-Zwang)
- Hock, Karl Der Rechtscharakter der kommunalen
Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke
Diss.jur. Heidelberg 1930
(zit.: Diss.Rechtscharakter)
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht
2. Aufl. I.Bd. Tübingen 1953
 II.Bd. Tübingen 1954
(zit.: WirtschaftsVwR I und II)
- Hurst, Karl Gemeindeeinrichtungen
in: Peters Handbuch der kommunalen
Wissenschaft und Praxis
Bd. II Kommunale Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- Hurst, Werner Ist das Erfordernis eines "dringen-
den öffentlichen Bedürfnisses" im
Rahmen einer den Anschluß- und Be-
nutzungszwang statuierenden Satzung
im Verwaltungsstreitverfahren nach-
prüfbar?
in: Gemeinde 1959, 58
(zit.: Bedürfnis)
- ders. Keine ordnungsbehördlichen Verord-
nungen beim Anschluß- und Benutzungs-
zwang
in: DStT 1959, 600
(zit.: ordnungsbehördliche Verord-
nungen)

- Ipsen, Hans Peter Gesetzliche Indienstnahme Privater
für Verwaltungsaufgaben
in: Um Recht und Gerechtigkeit,
Festgabe für Erich Kaufmann zu
seinem 70. Geburtstage
Stuttgart-Köln 1950
(zit.: Indienstnahme)
- Jaekel, Walter Der Anschlußzwang und § 14 des
preußischen Gemeindeverfassungs-
gesetzes vom 15. 12. 1933
Diss.jur.Heidelberg 1934
(zit.: Anschlußzwang)
- ders. Das recht auf Benutzung einer an-
schlußberechtigten Einrichtung
in: DJZ 1936, 1013
(zit.: Recht)
- Janssen, Günter Der Anspruch auf Entschädigung bei
Aufopferung und Enteignung
in: Verwaltung und Wirtschaft
Heft 24 Stuttgart 1961
(zit.: Anspruch)
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht
2. Aufl. Berlin 1928
3. Aufl. Berlin 1931 Neudruck 1948
Nachtrag 1950
(zit.: VwR)
- ders. Entschädigung für baurechtliche
Eigentumsbeschränkungen
Berlin 1929
(zit.: Entschädigung)
- ders. Besprechung zum Urteil des OVG
Hamburg vom 14. 10. 1950
in: DVBl 1951, 282
(zit.: Besprechung)
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung - Eine Problem-
studie zum Wandel des Gesetzmäßig-
keitsprinzips
Tübingen 1961
(zit.: Gesetz)
- Kaltenhäuser, Anton Umstrittene gemeindliche Bestat-
tungsanstalten
in: BayBm 1952, 222
(zit.: Bestattungsanstalten)
- Kaufmann Über das Wirtschaften der "öffent-
lichen Hand"
in: KomPolBl 1953, 535
(zit.: Wirtschaften)
- Kerrl-Weidemann Die Deutsche Gemeindeordnung
2. Aufl. Berlin 1937
(zit.: Komm.z.DGO)

- Kiefer- Schmidt Die Deutsche Gemeindeordnung
Berlin 1937
(zit.: Komm.z.DGO)
- Kimmerl, Max Zwangsbenützung gemeindlicher Einrichtungen nach bayerischem Recht
Diss.jur. Würzburg 1929
(zit.: Diss. Zwangsbenützung)
- Kiwitz, Heinrich Das Bestattungsrecht in Preußen
Diss.jur. Köln 1932
(zit.: Diss.Bestattungsrecht)
- Kleinen, Josef Zur Instandhaltung der verwaisten jüdischen Friedhöfe durch die politischen Gemeinden
in: Gemeinde 1959, 22
(zit.: Instandhaltung)
- Kleinhoff Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung des BGH
in: DRiZ 1958, 167
(zit.: Rechtsprechung)
- v. Köhler, Karl-Heinz Fragen des Eigentums im Verwaltungsrecht
in: DVBl 1958, 191
(zit.: Fragen)
- Köttgen, Arnold Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung
Göttingen 1961
(zit.: Daseinsvorsorge)
- Kolkenbrock, Bernhard Die Entwicklung der Müllabfuhr nach dem Krieg
in: KommWirtsch 1959, 166
(zit.: Entwicklung)
- v. Kornatzki, Harald Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten privater Unternehmer
(Von anschluß- und benutzungspflichtigen öffentlichen Einrichtungen, welche die Gemeinden von privaten Unternehmern betreiben lassen)
Diss.jur. Kiel 1958
(zit.: Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer)
- Kottenberg, Kurt Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen
5. Aufl. Siegburg 1956
(zit.: Komm.z.nwGemO)

- Küchenhoff-Berger Deutsche Gemeindeordnung
Berlin und Leipzig 1935
(zit.: Komm.z.DGO)
- Kunz-Guba-Theißig Die Deutsche Gemeindeordnung
Bd. I. 2.Aufl. Dresden 1939
(zit.: Komm.z.DGO)
- Kunze-Schmid Die Gemeindeordnung von Baden-
Württemberg
Stuttgart-Köln 1956
(zit.: Komm.z.bwGemO)
- Laforet, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht
München 1937
(zit.: VwR)
- Laforet-v.Jahn- Die Bayrische Gemeinde-, Bezirks-
Schattenfroh und Kreisordnung
München-Berlin-Leipzig 1931
(zit.: Komm.z.bayGemO)
- Landmann-Giers-Proksch Allgemeines Verwaltungsrecht
2. Aufl. Düsseldorf 1960
(zit.: VwR I)
- Landmann-Rohmer Gewerbeordnung
8.Aufl. München-Berlin 1928
10.Aufl. München-Berlin 1952
11.Aufl. München-Berlin 1956
(zit.: Komm.z.GewO)
- Leidinger, Adalbert Kritik zum Beschluß des bwVGH
- 3 K 20/58 - vom 9. 12. 1958
in: BestGew 1959, 37
(zit.: Kritik)
- Lehmkuhl, Heinrich Gesundheitspflege und -vorsorge im
Rahmen der Gesundheitsverwaltung
in: DöV 1959, 596
(zit.: Gesundheitspflege)
- Lerche, Peter Zum Apothekenurteil des BVfG
in: bayVwBl 1958, 231
- ders. Grundrechtsbegrenzungen "durch Ge-
setz" im Wandel des Verfassungsbil-
des
in: DVBl 1958, 524
(zit.: Grundrechtsbegrenzungen)

- Lüke, Gerhard Die Rechtsstellung des vertraglich verpflichteten Unternehmers nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz in: DöV 1955, 432
(zit.: Rechtsstellung)
- v. Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz Berlin-Frankfurt a.M. 1953
(zit.: BGG)
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz Bd. I 2. Aufl. Berlin-Frankfurt a.M. 1957
(zit.: BGG)
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht 7. Aufl. München-Berlin 1958
(zit.: Staatsrecht)
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht 3. Aufl. Bd. I und II München und Leipzig 1924
(zit.: VwR I u. II)
- Mecke, Heinz Die Rechtsnatur städtischer Wasserwerke in Preußen Diss. jur. Göttingen 1934
(zit.: Diss. Rechtsnatur)
- Meckel, Heinz Der Anschluß- und Benutzungszwang bei bestimmten gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen (§ 18 DGO v. 30. 1. 1935) Diss. jur. Münster 1936
(zit.: Diss. A-u.B-Zwang)
- Menger, Christian-Friedrich Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien in: AöR 78, 149
(zit.: Stellung)
- ders. Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns in: DVBl 1960, 297
(zit.: Bestimmung)
- Müllenbusch Reform der Friedhofsordnung in: Gemeinde 1954, 252
(zit.: Reform)

- Muntzke-Schlempf Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung mit Handbuch des Gemeinderechts
I.Bd.: Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung
Bad Homburg v.d.H. und Berlin 1954
(zit.: Komm.z.heGemO)
- Nawiasky-Leusser Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946
München-Berlin 1946
- Nawiasky-Lechner Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946
München-Berlin 1946
Ergänzungsband zu dem Handkommentar von Nawiasky-Leusser
München 1953
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht - Allgemeiner Teil
Stuttgart 1946
(zit.: VwR I)
- Neumann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte
- Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte -
II.Bd.: Die Freiheitsrechte in Deutschland Berlin 1954
III.Bd. 1.Halbbd.: Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, herausgeg.v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner Berlin 1958
III.Bd. 2.Halbbd.: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, herausgeg. wie III/1 Berlin 1959
- Nipperdey, Hans Carl Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag
Jena 1920
(zit.: Kontrahierungszwang)
- Odenbreit, Walter Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen
10.Aufl. Münster 1957
(zit.: Komm.z.nwGemO)
- Otto, Walter Probleme und Abgrenzung des Begriffs der polizeilichen Gemeindeanstalten
Diss.jur. Göttingen 1932
(zit.: Diss.pol.Gemeindeanstalten)

- Pagenkopf, Hans
Freiheit und Bindung des Eigentums
in: NJW 1952, 1193
(zit.: Freiheit)
- ders.
Einführung in die Kommunalwissen-
schaft
Münster 1960
(zit.: Einführung)
- Peters, Hans
Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
(zit.: Lehrbuch)
- ders.
Handbuch der kommunalen Wissenschaft
und Praxis
Bd. I : Kommunalverfassung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956
Bd. II : Kommunale Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
Bd. III: Kommunale Finanzen und Kom-
munale Wirtschaft
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
- Raiser, Ludwig
Die wirtschaftsverfassungsrechtli-
chen Fragen der Gestaltung der Un-
ternehmensformen
Tübingen 1952
(zit.: Unternehmensformen)
- Reuß, Wilhelm
Verfassungsrechtliche Grundsätze
zum Organisationsrecht der Wirt-
schaft
in: DVBl 1953, 684
(zit.: Organisationsrecht)
- ders.
Die Organisation der Wirtschaft
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte III. Bd. 1. Halbbd.
Berlin 1958
(zit.: Organisation)
- Rietdorf, Fritz
Gesetz über Aufbau und Befugnisse
der Ordnungsbehörden - Ordnungsbe-
hördengesetz - Kommentar
Stuttgart-München-Hannover 1957
(zit.: Ordnungsbehördengesetz)
- Rings, W.
Verwaltungsmonopole und Art. 12 I GG
in: NJW 1957, 657
(zit.: Verwaltungsmonopole)

- Röhl, Hellmut Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 I 2 GG
in: AöR 81, 195
(zit.: Nennung)
- Ruberg, Karl Gemeinde-Wirtschaftsbetriebe
Siegburg 1955
(zit.: Gemeinde-Wirtschaftsbetriebe)
- Rüdig, Karl Die gesetzliche Pflicht zum Abschluß von Verträgen auf Grund einer Monopolstellung
Diss.jur. Halle 1933
(zit.: Monopolstellung)
- Salzmann-Schunck Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz
2.Aufl. Siegburg 1955
(zit.: Selbstverwaltungsgesetz)
- Sartorius, Carl Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Das öffentliche Recht der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachverzeichnis
24. Aufl. München und Berlin 1960
- Schack, Friedrich Generelle Eigentumsentziehungen als Enteignungen
in: NJW 1954, 577
(zit.: Eigentumsentziehungen)
- ders. Öffentlich-rechtliche Entschädigung und Schadensersatz. (Zum Ausmaß der Enteignungs- und Aufopferungsentschädigung)
in: BB 1959, 1259
(zit.: Entschädigung)
- Schattenfroh, Max Deutsche Gemeindeordnung
München-Berlin-Leipzig 1935
(zit.: Komm.z.DGO)
- Scheidemantel, Dieter Der Anschluß- und Benutzungszwang für öffentliche Gemeindeeinrichtungen nach Bayerischem Gemeinderecht
Diss.jur. Erlangen 1958
(zit.: Diss.A-u.B-Zwang)
- Schelcher Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung
in: AöR NF 18, 350
(zit.: Enteignung)

- Schenk, Walter Monopolstellung und Kontrahierungszwang
Diss. jur Münster 1940
(zit.: Monopolstellung)
- Scheuner, Ulrich Verfassungsrechtliche Fragen zur Friedhofsgestaltung
in: Gemeinde 1956, 75
Gemeinde 1957, 5
(zit.: Fragen)
- ders. Das Grundrecht der Berufsfreiheit
in: DVBl 1958, 845
(zit.: Berufsfreiheit)
- Schmidt, F. Kritik zum Urteil des OLG Stuttgart vom 16. 10. 1958
in: NJW 1959, 1328
(zit.: Kritik)
- Schönfelder, Heinrich Deutsche Gesetze. Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts
33. Aufl. München und Berlin 1960
- Schütze, Hermann Friedhofs- und Bestattungsrecht (Sammlung der einschlägigen Bestimmungen unter Berücksichtigung der Ländervorschriften)
Köln-Berlin 1958
(zit.: Bestattungsrecht)
- Seeger, Richard Zulässige und zweckmäßige Maßstäbe bei Benutzungsgebühren
in: Gemeindehaushalt 1961, 103
(zit.: Maßstäbe)
- Siebert, Wolfgang Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung (Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht) Festschrift für Hans Niedermeyer
Göttingen 1953
(zit.: Privatrecht)
- ders. Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg
in: DöV 1959, 733
(zit.: Rechtsprechung)
- ders. Einleitung in: Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch I. Bd.
9. Aufl. Stuttgart 1959
(zit.: BGB Bd. I)

- Sonntag Die Rechtsprechung zum Kommunalrecht - Eine Zusammenstellung -
in: Gemeinde 1957, 182; 215; 266
Gemeinde 1958, 22; 43; 114
Gemeinde 1959, 28
(zit.: Rechtsprechung)
- Stern, Klaus Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages
in: AöR 84, 138
(zit.: Problematik)
- Stödter, Wolf Die öffentlich-rechtliche Entschädigung
Hamburg 1933
(zit.: Entschädigung)
- ders. Über den Enteignungsbegriff
in: DöV 1953, 97; 136
(zit.: Enteignungsbegriff)
- Surén, Friedrich-Karl Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik
Bd. II: Gemeindewirtschaftsrecht
Köln-Berlin-München-Bonn 1960
(zit.: Gemeindewirtschaftsrecht)
- Surén-Loschelder Die Deutsche Gemeindeordnung
Bd. I und II Berlin 1940
(zit.: Komm.z.DGO Bd. I u. II)
- Teufel, Karl Anschluß- und Benutzungszwang
Dis.jur. Würzburg 1937
(zit.: Diss.A-u.B-Zwang)
- v.Turegg, Kurt Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Berlin 1950
(zit.: Lehrbuch)
- Waugh, Evelyn Tod in Hollywood
Frankfurt a.M.-Hamburg 1957
(Fischer-Bücherei)
- Weber, Werner Eigentum und Enteignung
in: Neumann-Nipperdey-Scheuner
Die Grundrechte
II. Bd. Berlin 1954
(zit.: Eigentum)
- Westermann, Harry Sachenrecht
4. Aufl. Karlsruhe 1960
- Winkelmann, Hans Die wirtschaftliche Ausrichtung von öffentlichen Einrichtungen und Anstalten
in: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, herausgeg. von Seraphim - Verwaltungs- und Wirtschafts-akademie "Industriebezirk" -
Bochum 1957
(zit.: wirtschaftliche Ausrichtung)

- Wolff, Hans J. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht
in: AöR 76, 205
(zit.: Unterschied)
- ders. Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen
in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift für Walter Jellinek - S. 33 - 52
München 1955
(zit.: Rechtsgrundsätze)
- ders. Verwaltungsrecht I
3. Aufl. München und Berlin 1959
(zit.: VwR I)
4. Aufl. München und Berlin 1961
(zit.: VwR I 4. Aufl.)
- ders. Anm. zum Urteil des BVerfG vom 18. 10. 1960
in: DVBl 1961, 209
(zit.: Anm.)
- Würfflein Das bayerische Ortsrecht im Bestattungs- und Friedhofswesen
in: BayBm 1949, 278
(zit.: Friedhofswesen)
- Wüsthoff, Alexander Anschluß- und Benutzungszwang nach Gemeindegesetz und eigene Wassernutzungsrechte der Industrie
in: BB 1959, 752
(zit.: A-u.B-Zwang)
- Zeiß, Friedrich Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik
in: Peters Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
III. Bd. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
(zit.: Wirtschaftsrecht)
- Zeitler, Klaus Probleme des Friedhofsrechts
in: StukomVw 1960, 10
(zit.: Probleme)
- Zeitler-Bitter-v.Derschau Die Deutsche Gemeindeordnung
3. Aufl. Berlin 1937
(zit.: Komm.z.DGO)

- Zengerling
Der Benutzungszwang im Bestattungswesen
in: Bestattungswesen 1936, 41
(zit.: B-Zwang)
- Ziegler, Georg
Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern. Sammlung bayerischer Gesetze und Verordnungen mit Verweisungen und Sachverzeichnis, herausgeg. von Georg Ziegler und Paul Tremel
5. Aufl. München 1958
- Zuhorn, Karl
Probleme der Kommunalaufsicht gesehen von der Selbstverwaltung
in: Recht - Staat - Wirtschaft
4. Bd. S. 247 - 272
herausgeg. v. Hermann Wandersleb
Düsseldorf 1953
(zit.: Probleme)
- ders.
Gemeindeverfassung
(Das Gemeinderecht in NW, herausgeg. von Kirsten)
Bd. I Siegburg 1954

Abkürzungsverzeichnis

AbbauG	(Bundes-) Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht v. 23. Juni 1960 (BGBl I 389) - Schönfelder 27 -
ABl	Amtsblatt
AG	Aktiengesellschaft
ALR	Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten v. 5. Februar 1794 (Ausgaben v. Rehbein u. Reincke, 5. Aufl. Berlin 1894) (zitiert nach §, Teil und Titel)
aM	anderer Meinung
AOB	Archiv für öffentliches Recht (zitiert nach Band und Seite)
A- und B-Zwang	Anschluß- und Benutzungszwang
AusfAnw	Ausführungsanweisung
Bad, bad	Baden, badisch
Bay, bay	Bayern, bayerisch
BayBm	Der Bayerische Bürgermeister (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
bayEnteignG	(bayerisches) Gesetz über die Zwangsabtretung von Grundeigentum zu öffentlichen Zwecken v. 17. November 1837 (GBI 109)
bayGemO	a) Bayerische Gemeinde-, Bezirks- und Kreisordnung v. 17. Oktober 1927 (GVBl 293) b) Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern v. 25. Januar 1952 i.d.F. v. 13. März 1959 (GVBl 113)
bayoberpol Vorschrift. üb. die Leichenschau	(bayerische) überpolizeiliche Vorschriften über die Leichenschau und die Zeit der Beerdigung v. 20. November 1885 (GVBl 655)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bayPolStGB	(bayerisches) Polizeistrafgesetzbuch v. 26. Dezember 1871 (GBI 1872, 9)

bayVf	Verfassung des Freistaates Bayern v. 2. Dezember 1946 (GVBl 333) - Ziegler 850 -
bayVfGH	Verfassungsgerichtshof für den Frei- staat Bayern
bayVfGHE	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs (zitiert nach Band und Seite)
bayVGH	(bayerischer) Verwaltungsgerichts- hof
bayVwBl	Bayerische Verwaltungsblätter (zi- tiert nach Jahr und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
Begr.	Begründung
Bestattungswesen	Das Bestattungswesen (Erste Zeit- schrift für das deutsche Bestattungs- gewerbe - Berlin -, zitiert nach Jahr und Seite)
BestGew	Das Bestattungsgewerbe (Fachzeit- schrift für das deutsche Bestattungs- gewerbe - Düsseldorf -, zitiert nach Jahr und Seite)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BG	Bundesgesetz
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BK	Bonner Kommentar (s.a. Abraham- Bühler)
Bre, bre	Bremen, bremisch
breVf	Landesverfassung der Freien Hanse- stadt Bremen v. 21. Oktober 1947 (GBI 251)
brehVf	Verfassung für die Stadt Bremerhaven v. 4. November 1947 (GBI 291) i.d.F. der Ortsgesetze v. 5. Juli 1955 (GBI 87)

BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12. März 1951 (Sartorius 92)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BW, bw	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
bwGemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg v. 25. Juli 1955 (GBI 129)
B-Zwang	Benutzungszwang
DGemStZ	Deutsche Gemeinde-Steuerzeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
DGO	Die Deutsche Gemeindeordnung v. 30. Januar 1935 (RGI I 49)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung bis 1936 (zitiert nach Jahr und Seite)
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung
E	Antliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
EisenbahnverkehrsO	(Reichs)- Eisenbahnverkehrsordnung v. 8. September 1938 (RGI II 663)
EnergiewirtschaftsG	(Reichs-) Energiewirtschaftsgesetz v. 13. September 1935 (Sartorius 32)
Erl	Erlaß
ev.	evangelisch
FBestG	(Reichs-) Gesetz über die Feuerbestattung v. 15. Mai 1934 (Sartorius 26)
FiZfVwR	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht (bis Bd. 56 Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung) (zitiert nach Band und Seite)
G	Gesetz
GastG	(Reichs-) Gaststättengesetz vom 28. April 1930 (Sartorius 1a)

GBI	Gesetzblatt
Gemeinde	Die Gemeinde (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
Gemeindehaushalt	Der Gemeindehaushalt (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
Gemeindetag	Der Gemeindetag (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
GemgefKrG	(Reichs-) Gesetz zur Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. Juni 1900 (Sartorius 9)
GemO	Gemeindeordnung
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich v. 21. Juni 1869 i.d.F. v. 5. Februar 1960 (BGBI I 61) - Sartorius 1 -
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949 (Schönfelder 1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS	Preußische Gesetzsammlung
GSNW	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen
GuKrVG	(Bundes-) Güterkraftverkehrsgesetz v. 17. Oktober 1952 (Sartorius 109)
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
He, he	Hessen, hessisch
heGemO	Hessische Gemeindeordnung vom 25. Februar 1952 (GVBl 11) i.d.F. v. 6. Juli 1954 (GVBl 117)
heG betr. das Beerdigungswesen	(hessisches) Gesetz, das Beerdigungswesen betreffend v. 22. Juli 1905 (RegBl 221)
heVGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen
Hippel-Rehborn	siehe Literaturverzeichnis
hM	herrschende Meinung
Hmb, hmb	Hamburg, hamburgisch
HMBI	Ministerialblatt des preußischen Handelsministeriums

i.d.F.	in der Fassung
idR	in der Regel
IM	Innenminister
i.S.	im Sinne
i.Vb.m.	in Verbindung mit
J&R	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (1907 - 1938; NF seit 1951) (zitiert nach Band und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
KG	(preußisches) Kammergericht
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
kath.	katholisch
Komm.	Kommentar
KomPolBl	Kommunalpolitische Blätter (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
KomWirtsch	Kommunalwirtschaft (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
Krit., krit.	Kritik, kritisch
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
Landkreistag NW Eildienst	Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite
Leits.	Leitsatz
LebensmG	(Reichs-) Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen (Lebensmittelgesetz) v. 17. Januar 1936 (Sartorius 34)
LG	Landgericht
lippPolVO über das Leichenwesen	(Schaumburgisch-lippische) Polizeiverordnung über das Leichenwesen v. 29. September 1936 (LV 249)
Lit.	Literatur
LuftVG	(Bundes-) Luftverkehrsgesetz v. 1922 i.d.F. v. 10. Januar 1959 (BGBl I 9) - Schönfelder 34 -

LVG	Landesverwaltungsgericht
maW	mit anderen Worten
MABl	Ministerialamtsblatt
MBl	Ministerialblatt
MBliV	Ministerialblatt für die preußische Innere Verwaltung
MdI	Minister des Innern
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
Nds, nds	Niedersachsen, niedersächsisch
ndsGemO	Niedersächsische Gemeindeordnung v. 4. März 1955 (GVBl 61)
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NW, nw	Nordrhein-Westfalen, nordrhein- westfälisch
nwAmtsO	Amtsordnung für das Land Nordrhein- Westfalen v. 10. März 1953 (Hippel- Rehborn 29)
nwEigenbetriebsVO	Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 22. De- zember 1953 (GVNW 435)
nwGemO	Gemeindeordnung für das Land Nord- rhein-Westfalen v. 1952 i.d.F. v. 28. Oktober 1952 (Hippel-Rehborn 20)
nwLKO	Landkreisordnung für das Land Nord- rhein-Westfalen v. 21. Juli 1953 (Hippel-Rehborn 30)
nwOBG	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ord- nungsbehörden (Ordnungsbehörden- gesetz) v. 16. Oktober 1956 (Hippel- Rehborn 55)
nwPOG	Gesetz über die Organisation und die Zuständigkeit der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen v. 11. August 1953 (Hippel-Rehborn 48)
OKD	Oberkreisdirektor

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersBefG	(Reichs-) Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande v. 6. Dezember 1937 (Sartorius 45)
PersonenstG	(Bundes-) Personenstandsgesetz i.d.F. v. 8. August 1937 (Schönfelder 113)
Pol, pol	Polizei, polizeilich
Pr, pr	Preußen, preußisch
prEnteignG	(preußisches) Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874 (GS 221)
prGemVf	Preußisches Gemeindeverfassungsgesetz v. 15. Dezember 1933 (GS 427)
prKAG	(preußisches) Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893 i.d.F. v. 28. Januar 1937 (GS 8)
prPolVO über Leichenwesen	(preußische) Polizeiverordnung über das Leichenwesen v. 18. April 1934 (GS 149) i.d.F. v. 10. April 1942 (GS 17)
prPolVwG	(preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz v. 11. März 1850 (GS 265)
prPVG	(preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. Juni 1931 (GS 77)
prSchlachthausG	(preußisches) Gesetz betreffend die Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benutzender Schlachthäuser v. 18. März 1868 (GS 277)
PrVB1	Preußisches Verwaltungsblatt (zitiert nach Band und Seite)
RAnz	Reichsanzeiger
RdErl	Runderlaß
RegBl	Regierungsblatt
Reger	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiet der inneren Verwaltung (herausgegeben von Reger) (zitiert nach Band und Seite)
RG	Reichsgericht
RGB1	Reichsgesetzblatt

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
RhPf, rhpf	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
rhpfGemO	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz v. 5. Oktober 1954 (GVBl 117)
RMB1	Reichsministerialblatt
RNr	Randnummer
RSiedlG	(Reichs-) Gesetz über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens v. 15. Dezember 1919 (GS 31)
Rspr.	Rechtsprechung
s.a.	siehe auch
Sartorius	siehe Literaturverzeichnis
SchlH, schlh	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
schlhGemO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein v. 24. Januar 1950 (GVBl 25)
Schönfelder	siehe Literaturverzeichnis
SchornsteinfegerVO	(Reichs-) Verordnung über das Schornsteinfegerwesen v. 28. Juli 1937 (RGB1 I 831)
str.	streitig
StT	Der Städtetag (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
StuKomVw	Staats- und Kommunalverwaltung (Fachzeitschrift für die Dienstkräfte in der Staats- und Kommunalverwaltung, zitiert nach Jahr und Seite)
StVG	(Bundes-) Straßenverkehrsgesetz v. 19. Dezember 1952 (Schönfelder 35)
StVO	Straßenverkehrsordnung v. 1937 i.d.F. v. 7. Juli 1960 (Schönfelder 35a)
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung v. 1937 i.d.F. v. 7. Juli 1960 (Schönfelder 35b)

thürGemuKrO	Thüringische Gemeinde- und Kreisordnung v. 8. Juli 1926 (GS 235)
TKG	(Reichs-) Tierkörperbeseitigungsgesetz v. 1. Februar 1939 (RGBl I 187)
ÜbertrKrVO	(Reichs-) Verordnung zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 1. Dezember 1938 (Sartorius 9 a)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VV	Verwaltungsvorschrift
VwArch	Verwaltungsarchiv (zitiert nach Band und Seite)
VwAO	Verwaltungsanordnung
VwG	Verwaltungsgericht
VwR	Verwaltungsrecht
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Herausgegeben von G. Ziegler (zitiert nach Band und Seite)
VwVO	Verwaltungsverordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift, zitiert nach Jahr und Seite)
WoBauG	Erstes (Bundes-) Wohnungsbaugesetz von 1950 i.d.F.v. 25. August 1953 (Sartorius 71)
WoFamG	Zweites (Bundes-) Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) v. 27. Juni 1956 (Sartorius 147)
WohnrBewG	(Bundes-) Wohnraumbewirtschaftungsgesetz von 1953 i.d.F. v. 23. Juni 1960 (BGBl I 418)(Schönfelder 28)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung) (Sartorius Anh. 3)
wüVO betr. die Leichenschau	Württembergische Verordnung betreffend die Leichenschau, die Leichenöffnung und das Begräbnis vom 24. Januar 1882 (RegBl 33)
Ziegler	siehe Literaturverzeichnis
Ziff.	Ziffer

§ 1 Einführung

Zu den wesentlichsten Aufgaben der Gemeinden im Rahmen des ihnen gem. Art. 28 II GG garantierten Selbstverwaltungsrechts gehört die Bereitstellung der für die Gemeindeglieder unerläßlichen öffentlichen Einrichtungen. Diese schon seit jeher bestehende Verpflichtung der Gemeinden hat durch die heute mehr und mehr fortschreitende technische und wirtschaftliche Entwicklung, die naturgemäß verbunden ist mit einer Erhöhung des Lebensstandards und der Lebensbedürfnisse des Einzelnen, besondere Bedeutung erfahren. Während noch die DGO vom 30. 1. 1935¹⁾ keine ausdrückliche Vorschrift über diese Verpflichtung der Gemeinden und insbesondere keine Bestimmung über die Art der bereitzustellenden öffentlichen Gemeindegliederungen enthielt²⁾, haben die nunmehr geltenden westdeutschen Ländergemeindegliederungen dem Bedürfniswandel der heutigen Zeit Rechnung getragen und vorgeschrieben: "Die Gemeinden schaffen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen"³⁾.

Im Rahmen dieser von den Gemeinden innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zu schaffenden öffentlichen Einrichtungen nehmen die Einrichtungen

1) RGBI 49

2) § 17 I DGO sagte lediglich: "Die Einwohner sind nach den hierüber bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden zu benutzen..." - hiermit wurde für die Gemeinden nur incidenter die Bereitstellungspflicht für öffentliche Einrichtungen ausgesprochen -.

3) so § 18 I nwGemO; entspr. Bestimmungen enthalten: § 10 II bwGemO; Art. 57 I bayGemO; § 20 brenVf; § 19 I heGemO; § 2 I ndsGemO; § 13 I rhpfGemO; § 17 I schlhGemO

des Anschluß- und Benutzungszwanges eine besondere Stellung ein. Das Rechtsinstitut des A- und B-Zwangs¹⁾ ist in allen westdeutschen Ländergemeindeordnungen geregelt²⁾.

Wie aus den Worten "Anschluß- und Benutzungszwang" schon ersichtlich ist, wird hier der Gemeindegewohner im Gegensatz zu den sonstigen öffentlichen Gemeindegewohnheiten (Theater, Museen, Büchereien, Schwimmbäder) - wo die Benutzung der Einrichtung in seinem Belieben steht - zu einer "Teilnahme" an der Einrichtung gezwungen. Der Zwang besteht jeweils in einem Gebot oder Verbot (oder beiden nebeneinander) und verpflichtet die Gemeindegewohner zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. So wird der Gemeindegewohner beispielsweise bei der zwangsbenutzung einer gemeindlichen Wasserleitung gezwungen, sein Grundstück an die Wasserleitung anzuschließen, und es wird ihm verboten, Trinkwasser aus eigenen oder fremden Brunnen zu entnehmen. Bei der Anordnung eines A- und B-Zwangs für bestimmte Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr ist er gehalten, im Bedarfsfalle nur diese zu benutzen, und es wird ihm verboten, die Tätigkeit privater Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer in Anspruch zu nehmen.

- 1) Diese Abkürzung wird im folgenden für die Worte: "Anschluß- und Benutzungszwang" verwandt.
- 2) vgl. § 11 bwGemO; Art. 24 bayGemO; § 20 brehVf; § 19 heGemO; § 8 ndsGemO; § 19 nwGemO; § 22 rhpfGemO; § 17 schlhGemO; - zur Klarstellung sei hier § 19 S.1 nwGemO zitiert: "Die Gemeinden können bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluß an Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen (Anschlußzwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben."

Der A- und B-Zwang besteht jedoch nicht nur in Geboten und Verboten für die Gemeindebewohner, sondern bewirkt oftmals recht empfindliche Eingriffe in deren Rechts- und Freiheitssphäre. Bei der Zwangsbenutzung einer gemeindlichen Wasserleitung oder Kanalisation haben die Grundstückseigentümer der Gemeinde das Legen von Rohren und Leitungen auf ihren Grundstücken zu dulden, d.h. sie dürfen nicht mehr, wie es in § 903 BGB heißt, nach Belieben mit ihrem Eigentum an ihren Grundstücken und den darauf befindlichen Brunnen verfahren und insbesondere nicht mehr Trinkwasser aus ihren Brunnen schöpfen. Bei der Anordnung eines A- und B-Zwangs für bestimmte Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr wird die Tätigkeit privater Unternehmer auf diesen Gebieten nicht nur verboten, sondern auch tatsächlich unmöglich gemacht, da die Gemeindeeinwohner zur Vermeidung von gemeindlichen Zwangsmaßnahmen ausschließlich die zur Verfügung gestellten gemeindlichen Einrichtungen benutzen werden.

Besonders die Frage, ob auch die Einrichtungen des Bestattungswesens den "klassischen" Einrichtungen des A- und B-Zwangs (Wasserleitung, Kanalisation usw) "ähnliche der Volksgesundheit dienende" Einrichtungen sind, war seit jeher und ist auch heute noch ein Problem, das Wissenschaft und Rechtsprechung mit recht unterschiedlicher Begründung zu lösen versuchen.

Auch im Hinblick auf die Verfassungsbestimmungen des GG, insbesondere hinsichtlich der Art. 12, 14 und 19 GG, bietet der A- und B-Zwang eine Fülle von Streitfragen, die bisher weder von der Verwaltungsrechtswissenschaft noch von der Verwaltungspraxis und

Rechtsprechung hinreichend geklärt sind.

Ziel und Aufgabe dieser Schrift soll es deshalb sein, die Problematik des A- und B-Zwangs unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungswesens aufzuzeigen, auch unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Enteignungsentschädigung für die durch einen gemeindlichen Zwang betroffenen privaten Gewerbetreibenden.

T e i l I

Das Rechtsinstitut des A- und B-Zwangs

I. Kapitel: Begriff und Wesen des A- und B-Zwangs

Das gemeindliche Recht des A- und B-Zwangs wird seit der reichsrechtlichen Regelung durch § 18 DGO¹⁾ von der Verwaltungspraxis vielfach als ein einheitliches Rechtsinstitut angesehen. Dies ist nur insoweit richtig, als Gemeinden den A- und B-Zwang gleichzeitig und nebeneinander anordnen, wie es auch tatsächlich idR der Fall ist. Von einem einheitlichen Rechtsinstitut kann jedoch dann nicht die Rede sein, wenn nur der Anschlußzwang (bloßer Anschlußzwang) oder nur der Benutzungszwang (bloßer Benutzungszwang) angeordnet wird, bzw. der Art der Einrichtung entsprechend technisch nur eine der beiden Zwangsarten angeordnet werden kann. Denn trotz ihrer Wesensverwandtschaft sind Anschluß- und Benutzungszwang jeder für sich selbständige, wenn auch manchmal voneinander abhängige Rechtsgebilde, wie folgende Untersuchungen zeigen sollen.

§ 2 Begriffsbestimmungen

Vor der reichsrechtlichen Regelung des A- und B-Zwangs durch § 18 DGO fehlte es in den vormaligen Gemeindeordnungen und in der Verwaltungsrechtswissenschaft an einer einheitlichen Begriffsbildung. So wurde in Preußen²⁾ als umfassender Allgemeinbegriff die Bezeichnung "Anschlußzwang" verwandt, der als

1) § 18 I DGO lautet: "Die Gemeinde kann bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde für die Grundstücke ihres Gebietes den Anschluß an Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen (Anschlußzwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben".

2) vgl. § 14 prGemVf v. 15. 12. 1933 (GS 427)

Oberbegriff sowohl den bloßen Anschlußzwang als auch den Benutzungszwang mitumfaßte.¹⁾ Art. 44 VI bayGemO vom 17. 10. 1927²⁾ gebrauchte als Oberbegriff den Ausdruck "Zwangsbenützung" und unterschied ebenfalls nicht ausdrücklich zwischen Anschluß- und Benutzungszwang, obwohl das Gesetz damit beide gemeindlichen Zwangsrechte bestimmen wollte³⁾. Die DGO vom 30. 1. 1935 hat diesem unterschiedlichen Sprachgebrauch in den einzelnen Ländern ein Ende gesetzt, indem sie in § 18 DGO von "Anschluß- und Benutzungszwang" spricht.⁴⁾ Sie hat darüber hinaus in der Ausführungsanweisung zu § 18 DGO erstmals festgelegt, was unter Anschlußzwang einerseits und unter Benutzungszwang andererseits zu verstehen ist. In Ziff. 2 AusfAnw zu § 18 DGO heißt es:

"Der Anschlußzwang an die in § 18 DGO genannten Einrichtungen hat zum Inhalt, daß jeder Einwohner, für den das Gebot des Anschlußzwanges besteht, die Vorrichtungen treffen muß, die ihm eine jederzeitige Benutzung der gemeindlichen Einrichtungen ermöglichen. Der Benutzungszwang verpflichtet ihn darüber hinaus zur Benutzung der Einrichtung und verbietet ihm damit zugleich die Benutzung anderer Einrichtungen, die in ähnlicher Weise der Bedürfnisbefriedigung dienen können."⁵⁾

Diese Begriffsbestimmungen des A- und B-Zwangs hat sich die Wissenschaft in mehr oder minder großen

1) MECKEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 3

2) GVB1 293

3) MECKEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 3; HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 9

4) vgl. oben S. 5 Anm. 1

5) zit.nach SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 297; vgl. auch die der AusfAnw zu § 18 DGO fast wörtlich entsprechende 2. VwVO Ziff. 1 zu § 19 nwGemO zit. bei KOTTENBERG, Komm.z.nwGemO S. 35

wörtlichen Abweichungen zu eigen gemacht.¹⁾ Soweit ersichtlich, hat bisher lediglich FRITZ²⁾ eigene Definitionen des A- und B-Zwangs gegeben.

FRITZ definiert: "Unter Anschlußzwang versteht man die von einem kommunalen Träger öffentlicher Gewalt ergangene und erzwingbare Anordnung, bestimmte, innerhalb seiner rechtlichen Machtsphäre liegende Grundstücke an bestehende kommunal geleitete Anlagen oder Einrichtungen anzuschließen, d.h. diejenigen Vorrichtungen oder Vorbereitungen zu treffen, die die jederzeitige Benutzung der Anlage oder der Einrichtung ermöglichen.

Unter Benutzungszwang versteht man die von einem kommunalen Träger öffentlicher Gewalt ergangene und erzwingbare Anordnung, durch die allen natürlichen und juristischen Personen, die sich innerhalb seiner rechtlichen Machtsphäre befinden, zur Pflicht gemacht wird, in jedem Falle der Benutzung bestimmter Anlagen oder Einrichtungen nur die für diesen Zweck vorgesehenen und bestehenden kommunal geleiteten Anlagen oder Einrichtungen zu benutzen."³⁾

Gegenüber der Definition des Benutzungszwanges in der AusfAnw zu § 18 DGO verdient die von FRITZ gegebene Begriffsbestimmung insofern den Vorzug, als FRITZ

1) vgl. etwa: SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S.309; ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm.z.DGO S. 80f; MECKEL, Diss.A-u.B-Zwang S.3; TEUFEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 3; HARTMANN, Diss.A-u.B-Zwang S.2; HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 9; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 404; KUNZE-SCHMID, Komm.z.bwGemO S.104; ZUHORN, Gemeindeverfassung S. 89; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 864; W. HURST, Bedürfnis Gemeinde 1959, 58; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 12; v.KORNATZKI, Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S. 3; HELMREICH-WIDTMANN, Komm.z.bay-GemO S. 197; PAGENKOPF, Einführung S. 92

2) Diss.A- u. B-Zwang S. 2

3) wie Anm. 2

klar herausgestellt, daß sowohl alle natürlichen als auch juristischen Personen, die sich innerhalb der rechtlichen Machtsphäre des kommunalen Verwaltungsträgers befinden, Verpflichtungssubjekte eines Anschlußzwanges sind. Beiden Definitionen von FRITZ ist auch insoweit beizutreten, als sie im Gegensatz zu den Definitionen der AusfAnw. zu § 18 DGO zum Ausdruck bringen, daß Anschluß- und Benutzungszwang jeweils "erzwingbare" Anordnungen sind. Seine Definition des Anschlußzwanges ist m.E. jedoch etwas unglücklich formuliert und wird dem Wesen des Anschlußzwanges nicht ganz gerecht, weil man aus ihr entnehmen könnte, daß Verpflichtungssubjekte des gemeindlichen Anschlußzwanges die innerhalb der rechtlichen Machtbefugnis des kommunalen Verwaltungsträgers liegenden Grundstücke seien. Pflichtige und damit Verpflichtungssubjekte eines gemeindlichen Anschlußzwanges können jedoch nicht Grundstücke sein, sondern sind alle dem gemeindlichen Zwang unterworfenen natürlichen und juristischen Personen, die ihrerseits ihre Grundstücke an die gemeindliche Einrichtung anzuschließen haben. Auch kommt in den Definitionen von FRITZ nicht zum Ausdruck, daß sowohl der Anschluß- als auch der Benutzungszwang ausschließlich durch Satzung angeordnet werden können.¹⁾

In teilweiser Anlehnung an FRITZ und an die Definitionen in der AusfAnw zu § 18 DGO seien hier folgende Begriffsbestimmungen gegeben:

Anschlußzwang ist die von einem kommunalen Träger öffentlicher Verwaltung durch Satzung ergangene und erzwingbare Anordnung, kraft derer alle der Satzung unterworfenen natürlichen und juristischen Personen diejenigen Vorrich-

1) Hinsichtlich der streitigen Frage, ob auch die Anordnung eines A- und B-Zwangs auf Grund polizeilicher oder ordnungsbehördlicher Verordnung zulässig ist, vgl. unten S. 15ff.

tungen treffen müssen oder treffen lassen müssen, die ihnen die sofortige tatsächliche Anschließung ihrer Grundstücke an eine öffentliche von dem Verwaltungsträger zur Verfügung gestellte Einrichtung und deren jederzeitige Benutzung ermöglichen.

Benutzungszwang ist die von einem kommunalen Träger öffentlicher Verwaltung durch Satzung ergangene und erzwingbare Anordnung, kraft derer alle der Satzung unterworfenen natürlichen und juristischen Personen verpflichtet werden, im Bedarfsfalle nur die von dem Verwaltungsträger zur Verfügung gestellte Einrichtung zu benutzen.

§ 3 Das Wesen des A- und B-Zwangs und Unterschiede

Der Unterschied in dem Wesen der beiden Zwangsarten besteht darin, daß der Anschlußzwang durch Verbindung einer einem Privatrechtssubjekt gehörenden Sache mit einer einem öffentlichen Rechtsträger unterliegenden Einrichtung die körperliche oder wirtschaftliche Benutzung dieser Einrichtung lediglich tatsächlich ermöglichen soll, wohingegen der Benutzungszwang die Benutzung der von dem kommunalen Träger öffentlicher Verwaltung zur Verfügung gestellten Einrichtung für den Bedarfsfall ausdrücklich anordnet und die Benutzung anderer Einrichtungen (eigene oder solche des privaten Gewerbes), die in ähnlicher Weise den Bedarf zu decken vermögen, verbietet. Der bloße Anschlußzwang, ohne gleichzeitige Anordnung eines Benutzungszwangs, begründet somit noch keine Benutzungsverpflichtung für die betroffenen Gemeindebewohner, sondern schafft lediglich stets entweder die körperlichen¹⁾

1) solche sind z.B. bei Wasserleitung und Kanalisation die bis in die Wohngebäude der Anschlußpflichtigen verlegten Rohre und Leitungen

oder wirtschaftlichen¹⁾ t a t s ä c h l i c h e n Voraussetzungen für den Benutzungszwang.²⁾ Bei einem bloßen Anschlußzwang, z.B. hinsichtlich einer gemeindlichen Wasserleitung oder Müllabfuhr, kann also der Gemeindegewohner seinen Wasserbedarf aus einer eigenen Wasserquelle befriedigen oder den Müll selbst beseitigen, ohne verpflichtet zu sein, die dazu zur Verfügung gestellte gemeindliche Einrichtung zu benutzen.³⁾ Doch idR werden von den Gemeinden für diese Einrichtungen der Anschlußzwang und der Benutzungszwang nebeneinander angeordnet, denn dem Normzweck des Gesetzes wird meist nicht Genüge getan, wenn nur ein bloßer Anschlußzwang angeordnet wird und es in dem Belieben der Gemeindegewohner steht, die zur Verfügung gestellte Einrichtung zu benutzen.

Der Unterschied zwischen Anschluß- und Benutzungszwang ist letztthin ein technischer. Wie das Gesetz selbst zum Ausdruck bringt (vgl. z.B. § 19 nWGemO), kann beispielsweise hinsichtlich der Einrichtung eines gemeindlichen Schlachthofes nur ein Benutzungszwang ausgeübt werden, da ein Anschlußzwang hier technisch nicht möglich ist. Denn ein Zwang kann nur auf diejenigen Personen ausgeübt werden, die schlachten w o l l e n , d.h. bei denen ein Gebrauchsbedürfnis zum Schlachten besteht. Entsprechendes gilt für die Einrichtungen des Bestattungswesens und der Tierkörperbeseitigung. Auch hier ist technisch nur die Anordnung eines bloßen Benutzungszwangs möglich, der wiederum abhängig ist von einem Gebrauchsbedürfnis der Gemeindegewohner. Dagegen ist ein Anschluß-

1) z.B. bei der Müllabfuhr die Abnahme und Bereitstellung der idR seitens der Gemeinde leihweise überlassenen Mülltonnen; bei der Abfuhr von Fäkalien, falls diese nicht durch gemeindliche Kanalisationsanlagen beseitigt werden (vgl. unten S. 69), die Bereithaltung entsprechender Aufnahmegefäße.

2) vgl. statt vieler: SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 309

3) MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 404

zwang mit Benutzungszwang technisch möglich hinsichtlich der Einrichtungen der gemeindlichen Wasserleitung, Kanalisation, Straßenreinigung, Müll- und Fäkalienabfuhr; für die Straßenreinigung, Müll- und Fäkalienabfuhr insofern, als zwischen den Grundstücken der durch den Zwang betroffenen Gemeindebewohner und der gemeindlichen Einrichtung zwar keine körperliche, aber doch eine wirtschaftliche Verbindung hergestellt wird.¹⁾

Neben dem hier allein zu erörternden rechtlichen A- und B-Zwang gibt es auch noch einen tatsächlichen A- und B-Zwang. Von einem solchen spricht man dann, wenn auf Grund tatsächlicher wirtschaftlicher Verhältnisse der Einzelne zum Anschluß und zur Benutzung einer Einrichtung oder Anlage gezwungen wird, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein; z.B. wenn in einer Gemeinde mit eigener Wasserleitung, für die kein rechtlicher A- und B-Zwang besteht, die Brunnen der Gemeindebewohner aus gesundheitlichen Gründen gesperrt werden und die Gemeinde als Eigentümerin der öffentlichen Straßen auf jenen das Legen von neuen Wasserrohren verbietet. Dann sind die Gemeindebewohner mangels anderer Möglichkeit - unterstellt, daß die Entfernung zur Nachbargemeinde zu weit ist - tatsächlich gezwungen, ihren Wasserbedarf aus der gemeindlichen Wasserleitung zu beziehen.²⁾

II. Kapitel: Geschichtlicher Rückblick

§ 4 Ursprünge des A- und B-Zwangs

Der A- und B-Zwang ist nicht eine Schöpfung der mo-

1) SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 300; MUNTZKE-SCHLEMP, Komm.z.heGemO S. 406; FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S.4; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 12

2) vgl. SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 3ff und die dort zit.Lit.

dernern Kommunalrechtswissenschaft und -praxis, sondern hat seinen Ursprung in dem genossenschaftlichen Mühlen- und Backofenzwang des 12. und 13. Jahrhunderts.¹⁾ Durch den Mühlen- und Backofenzwang wurden die Markgenossen verpflichtet, nur die zur Verfügung gestellten genossenschaftlichen Mühlen und Backöfen zu benutzen und die Benutzung anderer (eigener oder fremder) Mühlen und Backöfen zu unterlassen. Grund für die genossenschaftliche Einführung des Mühlenzwangs war der Umstand, daß die Vorteile der damals von den Römern bereits benutzten Wassermühle auch in den damaligen deutschen Reichsgebieten bekannt wurden und man die Arbeitsleistung dieser praktischen Einrichtung allen Markgenossen zugänglich machen wollte. Während der Mühlenzwang also vornehmlich aus wirtschaftlichen Gründen (Arbeitskraftersparnis und Rentabilität) angeordnet wurde, erfolgte die Einführung des Backofenzwangs in erster Linie aus Sicherheitsgründen (Brandgefahr), wohingegen Rentabilitätsgründe (Holzersparnis) nur eine untergeordnete Bedeutung hatten.²⁾

Es würde zu weit führen, im folgenden einen umfassenden Überblick über die weitere rechtshistorische Entwicklung des A- und B-Zwangs bis zu der deutschen Städteordnung von 1808 und über die danach geschaffenen unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Ländern bis zum Inkrafttreten der DGO von 1935 zu geben, zumal die bisher erschienenen und bereits zitierten Dissertationen über den A- und B-Zwang die rechtshistorische Entwicklung des Rechtsinstitutes

1) vgl. SCHEIDEMANTEL. Diss. A-u.B-Zwang S. 3ff und das dort zit. Schrifttum

2) wie Anm. 1

teilweise ausführlich erörtern.¹⁾ Es soll daher nur ein kurzer Überblick über die Bestimmungen des A- und B-Zwangs nach der thürGemuKrO vom 8. 7. 1926, der bayGemO vom 17. 10. 1927 und der prGemVf vom 15. 12. 1933 gegeben werden, die die Entwicklung des Rechtsinstitutes, wie es heute in den westdeutschen Ländergemeindeordnungen geregelt ist, entscheidend beeinflussen haben. Ferner soll in diesem Zusammenhang auf die noch heute in Wissenschaft und Rechtsprechung aktuelle Streitfrage eingegangen werden, ob die Anordnung eines A- und B-Zwangs bzw. eines bloßen A- oder bloßen B-Zwangs auf Grund polizeilicher oder ordnungsbehördlicher Verordnung zulässig ist.

§ 5 Der A- und B-Zwang durch Polizeiverordnung und Gemeindesatzung

Bis zum Inkrafttreten der DGO war in den meisten Ländern Deutschlands die Einführung eines A- und B-Zwangs ausschließlich durch Polizeiverordnung (also zur Gefahrenabwehr) zulässig. Die Gemeinden waren lediglich befugt, durch Satzung eine bestimmte Einrichtung zu einer Gemeindeaufgabe zu erklären und die Einrichtung zur allgemeinen freiwilligen Benutzung zur Verfügung zu stellen. Die Polizei konnte dann, wenn es die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderten (z.B. bei Gefahr einer Verseuchung von Wasserbrunnen), durch PolVO den A- und B-Zwang für die gemeindliche Einrichtung zwingend vorschreiben.²⁾

In Thüringen, Bayern und Preußen herrschte dieser

1) vgl. insbes.: JAEKEL, Diss. Anschlußzwang S. 34ff; HARTMANN, Diss. A-u.B-Zwang S. 4ff; TEUFEL, Diss. A-u.B-Zwang S. 18ff; SCHEIDEMANTEL, Diss. A-u.B-Zwang S. 9ff für die Entwicklung in Bay

2) so z.B. in Pr gem. § 10 II 17 ALR später gem. §§ 6ff prPolVwG v. 11. 3. 1850 (GS 265). s. hienzu insbes.: JAEKEL, Diss. Anschlußzwang S. 41f; OVG Münster v. 10. 2. 1960 DVBl 1960, 859 = DöV 1961, 392

Rechtszustand nur bis zum Inkrafttreten der thürGem-uKrO vom 8. 7. 1926, bzw. der bayGemO vom 17. 10. 1927, bzw. der prGemVf vom 15. 12. 1933, die in ihren Bestimmungen (vgl. § 98 thürGemuKrO¹⁾, Art. 44 VI bayGemO²⁾, § 14 prGemVf³⁾) den Gemeinden ausdrücklich das Recht zusprachen, einen A- und B-Zwang anzuordnen. Trotz dieser den Gemeinden ausdrücklich gegebenen Kompetenzzuweisung wurde in diesen Ländern (besonders in Preußen auf Grund der §§ 14, 24 prPVG) nach wie vor ein A-u. B-Zwang durch Polizeiverordnung vorgeschrieben, dessen rechtliche Zulässigkeit stark

1) § 98 thürGemuKrO lautete:

"Die Gemeinden sind berechtigt, sofern es überwiegende Gründe des gemeinen Wohls, insbesondere die öffentliche Ordnung und Sicherheit es erfordern, durch Ortsgesetz vorzuschreiben, daß sich ihre Einwohner bestimmter gemeinnütziger öffentlicher Anstalten, Einrichtungen oder Betriebe der Gemeinde zu bedienen haben. Insbesondere kann der Anschluß- und Benutzungszwang für Kanalisation, Wasserleitung, Straßenreinigung und Müllabfuhr vorgeschrieben werden."

2) Art. 44 VI bayGemO lautete:

"Die Gemeinden können durch Satzung die Zwangsbenutzung gemeindlicher Wasserleitungen, Kanalisationen und Schlachthöfe sowie gemeindlicher Einrichtungen zur Beseitigung des Unrats und zur Straßenreinigung zur Zwangspflicht machen, wenn für alle Beteiligten unabhängig von der örtlichen Lage gleiche Bedingungen der Benützung aufgestellt werden. Die Satzung einschließlich der Gebührenregelung bedarf der Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde."

3) § 14 prGemVf hatte den Wortlaut:

"Sofern die öffentliche Ordnung und Sicherheit es erfordern, kann die Gemeinde durch Satzung für sämtliche in ihrem Gebiet belegenen Grundstücke einen Anschlußzwang an Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr und Straßenreinigung vorschreiben, wenn diese Einrichtungen und Anstalten von ihr oder öffentlichen Unternehmen betrieben werden."

umstritten war.¹⁾

Das Nebeneinander von gemeindlicher und polizeilicher Zuständigkeit hatte eine erhebliche Rechtsunsicherheit und Kompetenzstreitigkeiten zur Folge. Darüber hinaus wurde die Polizei oftmals zur "Tarnung finanzieller Interessen" der Gemeinden mißbraucht, insofern, als schon bei nur entfernter Gefahrmöglichkeit ein A- und B-Zwang angeordnet wurde und so der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels verletzt wurde.²⁾

§ 6 Der A- und B-Zwang in § 18 DGO

Durch die Schaffung der DGO vom 30. 1. 1935 wurde der A- und B-Zwang erstmalig einheitlich reichsrechtlich geregelt in § 18 DGO³⁾, so daß für einen polizeilichen A- und B-Zwang kein Raum mehr war.⁴⁾

III. Kapitel: Die heutige Rechtslage

§ 7 Die Rezeption des § 18 DGO in die Gemeindeordnungen der westdeutschen Länder

Auch heute noch, nachdem die Gemeindeordnungen der westdeutschen Länder § 18 DGO teils wörtlich, wie z.B. § 19 nwGemO, teils nur mit geringen wörtlichen

- 1) vgl. insbes. JAEKEL, Diss. Anschlußzwang S. 9, 51ff, 89f; TEUFEL, Diss. A-u.-B-Zwang S. 24ff; MECKEL, Diss. A-u.-B-Zwang S. 13ff.
- 2) vgl. JAEKEL S. 89, der sich mit Entschiedenheit gegen den pol. A- und B-Zwang wendet, der nur der Aufgabenerleichterung der Polizei dient; vgl. auch die Kritik JAEKELs S. 90ff an den Entsch. des proVG E 61, 379; proVG in PrVB1 51, 409; proVG E 68, 313; 74, 344; 76, 353;
- 3) zit. S. 5 Anm. 1
- 4) vgl. Ziff. 2 AusfAnw zu § 18 DGO (zit. bei SUREN-LOSCHOLDER, Komm. z. DGO Bd. I S. 297) und § 6 der 1. DVO zur DGO v. 22. 3. 1935 (RGBl I 393); ferner: die Kommentarliteratur zur DGO, vgl. statt vieler: SUREN-LOSCHOLDER Bd. I S. 302; ferner TEUFEL, Diss. A-u.-B-Zwang S. 42f; MECKEL, Diss. A-u.-B-Zwang S. 35

Abweichungen übernommen haben¹⁾, ist die Frage, ob ein A- und B-Zwang durch Polizeiverordnung oder ordnungsbehördliche Verordnung eingeführt werden kann, lebhaft streitig. So ist in manchen Städten in NW, wie z.B. in Duisburg und Düsseldorf, selbst noch in jüngster Zeit (1955/56) ein A- und B-Zwang durch Polizeiverordnung gem. §§ 14, 24 prPVG vorgeschrieben worden²⁾, dessen rechtliche Zulässigkeit ENDERLING unter Berufung auf die Entscheidung des prOVG vom 15. 10. 1936³⁾ und auf das Ergebnis einer vom "Deutschen Städtetag 1956" veranstalteten Rundfrage ohne nähere Begründung bejaht.⁴⁾

Das prOVG begründete seine Ansicht, ohne auf Ziff. 2 AusfAnw zu § 18 DGO einzugehen, lediglich mit der Feststellung: "Durch dieses der Gemeinde verliehene Recht (§ 18 DGO) sind aber die Befugnisse der Polizeibehörden nicht berührt worden. Es sind deshalb die bisher erlassenen Polizeiverordnungen über den Anschlußzwang nicht nur in Kraft geblieben, sondern die Polizeibehörden sind auch weiterhin berechtigt und verpflichtet, den Anschluß aus den erörterten polizeilichen Gründen allgemein oder im Einzelfalle zu erzwingen."⁵⁾ In Wissenschaft und Rechtsprechung

1) zu den Abweichungen in den einzelnen Ländergemein-
deordnungen vgl. unten S. 24 Anm. 1, 48ff., 68

2) vgl. ENDERLING, Rechtsgrundlagen DSTt 1956, 225f

3) E 99, 217

4) Nach der neuen Zuständigkeitsregelung der ordnungs-
behördlichen Aufgaben in NW durch die Schaffung
des nWOBG v. 16.10.1956 käme für die Anordnung
eines A- u. B-Zwangs in NW nicht mehr eine polizei-
liche, sondern nur eine ordnungsbehördliche VO gem
§ 30 I u. IV nWOBG i. Vb. m. §§ 4, 28 I (g) nwGemO
analog in Betracht (vgl. RIETDORF, Ordnungsbehörden-
gesetz Anm. 7 zu § 30 nWOBG S. 182).

5) ebenso DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 53; SALZMANN-
SCHUNCK, Selbstverwaltungsgesetz S. 113, MUNTZKE-
SCHLEMPF, Komm. z. heGemO S. 408 jeweils ohne eigene
Begr. unter Berufung auf die Entsch. des prOVG

wird überwiegend die gegenteilige Ansicht vertreten, die unter Hinweis auf die AusfAnw zu § 18 DGO¹⁾ und § 6 der 1.DVO zur DGO²⁾ einen polizeilichen oder ordnungsbehördlichen A- und B-Zwang ablehnt.³⁾

Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis zu folgen. Der Ansicht, die eine polizeiliche oder ordnungsbehördliche Anordnung eines A- und B-Zwangs bejaht, ist zuzugestehen, daß Ausführungsanweisungen, Durchführungsverordnungen und Verwaltungsverordnungen als "Gemeinverordnungen"⁴⁾ nicht den Vorrang des Gesetzes genießen und daher die Vorschriften des prPVG, des nwOBG oder entsprechender Ländergesetze nicht aufheben können. Insofern reicht der Hinweis auf die AusfAnw zu § 18 DGO und auf § 6 der 1.DVO zur DGO nicht aus, um die Zulässigkeit eines polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen A- und B-Zwangs zu verneinen. Ferner muß eingeräumt werden, daß auch bei einer polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Regelung des A- und B-Zwangs ein dem in § 18 DGO geforderten Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde entsprechendes Aufsichtsrecht gewährleistet ist.⁵⁾ Wie sich jedoch aus § 14 prPVG ("im Rahmen

- 1) Ziff. 2 II AusfAnw zu § 18 DGO lautet: "In § 18 DGO sind der Umfang, die Voraussetzungen und die Form der Einführung eines solchen A- und B-Zwanges abschließend geregelt. Daraus folgt, daß die Einführung eines solchen Zwanges in anderer Form (z.B. durch polVO) nach Inkrafttreten der DGO nicht mehr in Betracht kommt." s.a. die gleichlautende Formulierung des ersten Satzes der 2. VwVO zu § 19 nwGemO zit. bei KOTTENBERG S. 35
- 2) zit. bei SUREN-LOSCHOLDER Bd. I S. 302
- 3) vgl. TEUFEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 42f; SUREN-LOSCHOLDER Bd. I S. 302; v.TUREGG, VwR S. 361; FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 34; RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz S. 177f; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 839 (863); W.HURST, ordnungsbehördl.VO DStT 1959, 600ff; VGH München v.30.7. 1954 DVBl 1954, 748
- 4) zu dem Begriff vgl. Hans J.WOLFF VwR I § 25 VII
- 5) vgl.z.B. §§ 26-29 prPVG u. § 39 I nwOBG

der geltenden Gesetze") und § 30 prPVG ergibt, ist die Polizei nur dann zur Bekämpfung einer im einzelnen Falle oder allgemein bestehenden Gefahr der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berechtigt und verpflichtet, wenn eine andere Zuständigkeit einer höheren Behörde in Gesetzen oder Rechtsverordnungen nicht begründet ist. Diesen Subsidiaritätsgedanken des prPVG bringt die Vorschrift des § 1 II 2 nWOBG noch schärfer zur Geltung, wenn sie sagt: "Soweit gesetzliche Vorschriften fehlen oder eine abschließende Regelung nicht enthalten, treffen die Ordnungsbehörden nach pflichtgemäßem Ermessen die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nach diesem Gesetz."¹⁾

Durch § 18 DGO und die entsprechenden Bestimmungen der heute geltenden westdeutschen Ländergemeindeordnungen ist eine gesetzliche Regelung des A- und B-Zwangs erfolgt. Diese gesetzliche Regelung ist auch eine abschließende, denn § 18 DGO (entsprechend die Vorschriften in den heute geltenden Ländergemeindeordnungen) schreibt als Voraussetzung für die Einführung eines A- und B-Zwangs nicht das polizeiliche Erfordernis der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung", sondern das weitergefaßte Erfordernis "der Volksgesundheit dienend" vor. Die Erhaltung und Pflege der Volksgesundheit in diesem weiteren Sinne ist jedoch nicht Aufgabe der Polizei oder der Ordnungsbehörde, sondern heute vornehmlich soziale Aufgabe der Gemeinden.²⁾ Da somit die Anordnung

1) auf die subsidiäre Zuständigkeit der Ordnungsbehörden in NW verweisen weiterhin §§ 12 II, 14 II, 18 III, 23, 24 I, 42 III nWOBG; vgl. auch die bei RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz zit. VV zu den einzelnen Vorschriften

2) ebenso W.HURST, ordnungsbehördliche Verordnungen DStT 1959, 600f

eines A- und B-Zwangs in § 18 DGO und in den entsprechenden Bestimmungen der westdeutschen Ländergemeindeordnungen gesetzlich und auch abschließend¹⁾ geregelt ist, ist die Zuständigkeit der Polizei oder Ordnungsbehörde für die Einführung eines A- und B-Zwangs nicht gegeben.²⁾ Hat eine Gemeinde aus irgendwelchen Gründen von der ihr gesetzlich gegebenen Ermächtigung, den A- und B-Zwang anzuordnen, keinen Gebrauch gemacht, so verbleibt der Polizei- bzw. der Ordnungsbehörde lediglich die Möglichkeit, die gemeinsame Aufsichtsbehörde³⁾ hiervon in Kenntnis zu setzen, die dann ihrerseits die Gemeinde zur Einführung des Zwangs anweisen kann.⁴⁾ Ist der A- und B-Zwang bereits eingeführt - z.B. hinsichtlich einer gemeindlichen Wasserleitung und Kanalisation - und bleibt die Gemeinde untätig trotz akuter Gesundheitsgefahr - z.B. die gemeindlichen Brunnen sind verseucht oder gemeindliche Abwässerkanäle schadhaft - so kann die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde im Wege des Einzeleingriffs gegen diesen "polizeiwidrigen" Zustand einschreiten⁵⁾; sie kann die verseuchten Brunnen stilllegen und die Benutzung der schadhaften Abwässerkanäle untersagen. Darüber hinaus sind jegliche polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Maßnahmen, auch wenn kein A- und B-Zwang besteht, unzulässig⁶⁾.

-
- 1) im Gegensatz zu der nicht abschließenden Regelung der Möglichkeiten der Einführung eines A- und B-Zwangs, vgl. hierzu unten S. 48
 - 2) ebenso die oben auf S. 17 Anm. 3 zit. Lit.
 - 3) vgl. z.B. § 7 nWOBG u. I. DVO z. nWGemO v. 10.11.52; s.a. unten S. 24f
 - 4) § 109 nWGemO; s.a. OVG Münster v. 10. 2. 1960 DVBl 1960, 860 = DöV 1961, 392; s.a. KÜTTGEN, Daseinsvorsorge S. 65
 - 5) in NW die Ordnungsbehörde gem. §§ 14ff nWOBG
 - 6) vgl. HOFMANN, Diss. A- u.B-Zwang S. 71 u. OVG Münster v. 10. 2. 1960 DVBl 1960, 860

§ 8 Die Voraussetzungen des A- und B-Zwangs

Die Voraussetzungen des A- und B-Zwangs sollen nach § 19 nwGemO untersucht werden, da diese Bestimmung wörtlich der reichsrechtlichen Regelung im § 18 I und II DGO entspricht¹⁾, und die entsprechenden Bestimmungen in den übrigen westdeutschen Ländergemeindeordnungen - trotz ihrer teilweise abweichenden Formulierungen²⁾ - die gleichen materiellen Voraussetzungen haben³⁾. Auf die Abweichungen in den einzelnen westdeutschen Ländergemeindeordnungen wird, soweit es erforderlich ist, im folgenden jeweils besonders hingewiesen.

I. Formelle Voraussetzungen

Formelle Voraussetzung für die Einführung eines A- und B-Zwangs bzw. eines bloßen A- oder B-Zwangs

- 1) mit § 18 I u. II DGO stimmen ebenfalls überein: § 20 bremhVf; § 22 rhpfGemO; § 17 schlhGemO; § 19 heGemO - letzterer verzichtet lediglich auf die "Dringlichkeit" des Bedürfnisses und spricht nur vom "öffentlichen Bedürfnis".
- 2) vgl. § 11 bwGemO; Art. 24 bayGemO und § 8 nds-GemO, die als weitere Einrichtungen solche des Bestattungswesens nennen; Art. 24 bayGemO nennt außerdem die Fäkalienabfuhr und verwendet statt der Voraussetzung "dringendes öffentliches Bedürfnis" das Erfordernis "aus Gründen des öffentlichen Wohles"; § 11 bwGemO spricht ebenfalls wie § 19 heGemO nur von einem "öffentlichen Bedürfnis".
- 3) vgl. hierzu unten S. 49f

ist eine ordnungsgemäß beschlossene, genehmigte und verkündete Satzung, §§ 19, 4 I und IV nwGemO¹⁾. "Öffentlich-rechtliche Satzungen sind abstrakte und idR generelle, in bestimmter Form hoheitlich einseitig erlassene Rechtsetzungen selbständiger, dem Staate eingeordneter Verbände, insbes. der unterstaatlichen Körperschaften, wie Gemeinden und Gemeindeverbände, Genossenschaften und Universitäten zur Regelung ihrer eigenen (also nicht unmittelbar staatlicher) Angelegenheiten.²⁾" Auch die Satzungen des A- und B-Zwangs gehören dazu. Sie sind sogen. abgeleitete Rechtsquellen, da sie auf Grund formeller Gesetze, hier der Gemeindeordnungen, ergehen. Im Gegensatz zu den Verordnungen, "die in Wahrnehmung einer delegierten staatlichen Kompetenz erlassen werden"³⁾ (vgl. z.B. § 30 IV nwOBG), ist das Satzungsrecht der Gemeinden und Gemeindeverbände Ausfluß der ihnen durch Art. 28 II GG gewährten eigenen Rechtsetzungsautonomie.

1. Das Zustandekommen der Satzung

Gemäß § 28 I (g) nwGemO gehört die Beschlußfassung über den Erlaß der Satzung zur ausschließlichen Zuständigkeit des Gemeinderates. Der Gemeinderatsbeschluß wird gem. § 47 I 1 nwGemO vom Gemeindedirektor (in kreisfreien Gemeinden vom Oberstadtdirektor, § 47 IV nwGemO) vorbereitet. Ist dies geschehen, so setzt der Bürgermeister (Oberbürgermeister, § 27 II 3 nwGemO) nach Benehmen mit dem Gemeindedirektor die Tagesordnung fest, § 33 I 1 nwGemO. Der Bürger-

1) OVG Münster v. 4. 5. 1957 - III A 775/55 - nicht veröffentl.

2) Hans J. WOLFF, VwR I § 25 IX a) S. 102

3) Hans J. WOLFF, VwR I § 25 IX S. 103

meister beruft sodann den Gemeinderat zur Beschlußfassung ein, § 31 I 1 nwGemO, indem er Zeit und Ort der Sitzung sowie die Tagesordnung öffentlich bekannt macht, § 33 I 2 nwGemO. Hiermit wird den Gemeindebewohnern schon vor der Beschlußfassung des Rates Gelegenheit gegeben, zu der beabsichtigten Einführung des A- und B-Zwangs Stellung zu nehmen.

2. Der notwendige Inhalt der Satzung

Zum notwendigen Inhalt der Satzung gehört zunächst eine generelle Festlegung, welcher Personenkreis und welche Grundstücke des Gemeindegebietes von dem A- und B-Zwang bzw. dem bloßen A- oder B-Zwang erfaßt werden sollen und welche nicht. Gemäß § 19 S.2 und 3 nwGemO kann die Satzung Ausnahmen vom A- und B-Zwang zulassen und den Zwang auf bestimmte Teile des Gemeindegebietes und auf bestimmte Gruppen von Grundstücken oder Personen beschränken, so z.B., wenn sie landwirtschaftlichen Betrieben (Gärtnereien) oder Industriebetrieben (Brauereien, Wäschereien) gestattet, Gebrauchswasser aus eigenen Wasserquellen zu entnehmen.¹⁾ Um Unklarheiten zu vermeiden, sind derartige Ausnahmetatbestände von vornherein in die Satzung aufzunehmen.²⁾

Notwendiger Bestandteil der Satzung ist weiterhin der Ausspruch des A- und B-Zwangs bzw. des bloßen A- oder bloßen B-Zwangs sowie die Regelung der Vorschriften über Art und Umfang der Benutzung, insbes.

1) vgl. heVGh v.21.3.1952 VwRspr 5,722; OVG Münster v. 8.6.1955 E 10, 174; OVG Münster v. 8.8.1956 E 11, 196; OVG Münster v. 5.11.1958 - III A 824/58 - Leits.zit.in: DöV 1959, 237; vgl.ferner: MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 405; WÜSTHOFF, A-u.B-Zwang BB 1955, 752, K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 864 mit weiteren Nachweisen.

2) dies schreibt z.B. § 10 V 2 bwGemO ausdrücklich vor; s.a. heVGh v.21.3.1952 DVBl 1953, 638

die Regelung über das zu entrichtende "Entgelt"¹⁾. Die streitige Frage, ob dieses "Entgelt" eine "öffentlich-rechtliche Gebühr" sein muß oder auch ein "privatrechtliches Entgelt" sein kann, bestimmt sich danach, ob bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs ausschließlich eine öffentlich-rechtliche oder auch eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zulässig ist. Dieses Problem wird unten S. 32ff noch einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden. Hier sei nur festgestellt, daß nach allgemeiner Ansicht eine Regelung über das Benutzungs-"Entgelt" notwendiger Bestandteil einer den A- und B-Zwang anordnenden Satzung sein muß²⁾. Zulässig ist es jedoch auch, daß in der den A- und B-Zwang anordnenden Satzung auf eine besondere Gebührenordnung, die das Benutzungs-"Entgelt" regelt,

1) vgl. 2.VwVO II S. 6 zu § 19 nWGemO zit.bei KOTTENBERG, Komm.z.nWGemO S. 35; so auch schon AusfAnw II (c) zu § 18 DGO zit.bei SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 298

2) so sogar SUREN-LOSCHOLDER S. 302 (308) und K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 840, die eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses "theoretisch" als zulässig ansehen und demgemäß nicht von einer "Gebühr", sondern von einem "privatrechtlichen Entgelt" sprechen. vgl. ferner: HARTMANN, Diss. A- u. B-Zwang S. 54; HOFMANN, Dis. A- u.B-Zwang S. 35; TEUFEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 49; ZUHORN, Gemeindeverfassung S. 89; KOTTENBERG, Komm.z.nWGemO S. 36; HELMREICH-WIDTMANN, Komm.z.bayGemO S. 194; VGH Freiburg v. 26. 3. 1953 DVBl 1953, 637; - über die Zulässigkeit der Festsetzung einer Anschlußgebühr bei Kanalisation vgl. OVG Lüneburg v. 10. 10. 1957 E 12, 388; OVG Münster v. 5. 8. 1959 DVBl 1960, 781; LVG Düsseldorf v. 8. 1. 1959 DVBl 1960, 946= KStZ 1960, 142; LVG Düsseldorf v. 21. 6. 1960 KStZ 1960, 203; Leits. zit. in DVBl 1961, 97

verwiesen wird. Diese Gebührenordnung muß aber ebenfalls wie die Satzung des A- und B-Zwangs der Aufsichtsbehörde¹⁾ zur Genehmigung vorgelegt und zugleich mit dieser bekanntgemacht werden, da die Aufsichtsbehörde die Frage der Genehmigung der Satzung über den A- und B-Zwang nur zusammen mit der Frage nach der Angemessenheit des in der Gebührenordnung festgesetzten Benutzungs-"Entgelts" prüfen kann.²⁾

Bei der Festsetzung des Benutzungs-"Entgelts" haben die Gemeinden insbes. die Grundsätze der Gleichheit, Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit zu beachten³⁾.

Dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht es nicht, wenn Gemeinden z.B. für die Benutzung kommunaler Abwasseranlagen Großabnehmern Staffeltarife mit Mengenrabatten gewähren⁴⁾.

Zum notwendigen Inhalt der Satzung gehört m.E. jedoch nicht die Festsetzung von Zwangsmitteln (Zwangsgeld und Ersatzvornahme), die die Gemeinde z.B. gem. § 4 III nWGemO bei Zuwiderhandlungen gegen die Gebote und Verbote der Satzung aussprechen "k a n n"⁵⁾. Denn bei Zuwiderhandlungen wird sich die Art des Zwangsmittels (Zwangsgeld oder Ersatzvornahme) nach der Art und Schwere des Verstoßes gegen die Satzung zu richten haben, so daß eine abschließende Regelung aller Fälle von vornherein schwerlich in der den A- und B-Zwang

1) vgl. dazu unten S. 24f

2) s. Erl. des nWMdI v. 3. 4. 1954 - III B 4/30 - zit. bei KOTTENBERG, Komm.z.nWGemO S. 36 - s.a. KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 87

3) s. dazu im einzelnen: BAROCKA, Berücksichtigung DVBl 1960, 825ff; ders. Gleichheitsgrundsatz Gemeindehaushalt 1961, 78ff, 97ff u. 121ff; sowie SEEGER, Maßstäbe, Gemeindehaushalt 1961, 103ff.

4) vgl. BAROCKA, Gleichheitsgrundsatz Gemeindehaushalt 1961, 78ff

5) anders Ziff. 4 AusfAnw zu § 18 DGO sowie die Kommentarliteratur zur DGO vgl. stattvieler: SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 312 - Die 2.VwVO zu § 19 nWGemO (zit.bei KOTTENBERG S. 35) macht hierüber keine Aussage.

anordnenden Satzung getroffen werden könnte.

3. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde

Ist die den A- und B-Zwang anordnende Satzung ordnungsgemäß beschlossen worden, so ist sie der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen, deren funktionelle Zuständigkeit sich in NW danach richtet, ob eine kreisfreie oder eine kreisangehörige Gemeinde um die Genehmigung nachsucht¹⁾. In NW ist bei einer kreisangehörigen Gemeinde der Oberkreisdirektor, bei einer kreisfreien Gemeinde der Regierungspräsident zuständige Aufsichtsbehörde²⁾. Auf die Erteilung der Genehmigung haben die Gemeinden keinen Rechtsanspruch. Da auch die Aufsichtsbehörde an das Gesetz gebunden ist, darf sie die Genehmigung nur dann erteilen, wenn die Voraussetzungen für die Einführung des A- und B-Zwangs erfüllt sind³⁾. Die Prüfung der Aufsichtsbehörde ist also regelmäßig eine Rechtskontrolle. Diese übt sie auch insoweit aus, als Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung der Gemeinden als Rechtsverletzungen deutlich erkennbar sind⁴⁾.

4. Die Verkündung der Satzung

Die ordnungsgemäß beschlossene und genehmigte Satzung des A- und B-Zwangs ist gem. § 4 IV 1 nwGemO öffentlich bekanntzumachen, z.B. an der gemeindlichen Verkündungstafel.

- 1) Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist weiterhin erforderlichlich in Bay, RhPf und SchlH (vgl. Art. 25 I bayGemO, § 22 rhpfGemO, § 17 schlhGemO) in den übrigen westdeutschen Ländern nicht.
- 2) Der IM von NW hat gem. § 106 nwGemO i.Vb.m.der 1.DVO zur nwGemO v.10.11.1952 u.gem. § 2 nwAmtsO u. § 48 nwlKO die Aufsicht übertragen. Hiernach hat der RegPräs die Aufsicht über die kreisfreien Gemeinden und der OKD die Aufsicht über die kreisangehörigen Gemeinden und Ämter nach Maßgabe des § 48 nwlKO. Bei der Genehmigung von Satzungen nach § 19 nwGemO bedarf der OKD der Zustimmung des Kreisausschusses gem.§ 48 I nwlKO (vgl.KOTTENBERG, Komm.z.nwGemO S.125f)
- 3) bayVGh v.30.7.1954 DVBl 1954, 748
- 4) ZUHORN, Gemeindeverfassung S. 150f; ELLERINGMANN, Grundlagen S.52f. Zur rechtshistorischen Entwicklung der Kommunalaufsicht, ihren Mitteln und Grenzen s. ZUHORN, Probleme S. 247 - 272

Einer Verkündung im GVNW bedarf es nicht¹⁾. Die Satzung tritt, wenn kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist, mit dem Tage nach ihrer Bekanntmachung, also z.B. dem Ablauf der Aushangsfrist, in Kraft, § 4 IV 2 nwGemO.

II. Materielle Voraussetzungen

1. Das Vorliegen einer öffentlichen gemeindlichen Einrichtung

Erste materielle Voraussetzung für die Anordnung eines A- und B-Zwangs ist das Vorliegen einer öffentlichen gemeindlichen Einrichtung. Fehlt es an ihr, so kann es tatsächlich und rechtlich keinen A- und B-Zwang geben, sei es, daß es ihn noch nicht gibt, sei es, daß es ihn nicht mehr gibt oder sei es, daß es ihn zeitweilig nicht gibt²⁾.

§ 18 DGO (entsprechend die Bestimmungen der heute geltenden westdeutschen Ländergemeindeordnungen) spricht zwar nur von "Einrichtungen" der Gemeinde. Aus der Stellung des § 18 DGO hinter der Vorschrift des § 17 DGO³⁾, der in Abs. I sagt, "die Einwohner sind nach den hierüber bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen" und aus der Tatsache, daß der A- und B-Zwang ausschließlich durch Satzung, d.h. nur durch einen ausdrücklichen öffentlich-rechtlichen (nicht durch konkludenten) Widmungsakt angeordnet werden kann, folgt jedoch zwingend, daß nur eine öffentliche gemeind-

1) KOTTENBERG, Komm.z.nwGemO S. 18

2) vgl. OVG Münster v. 4. 5. 1957 - III A 775/55 - nicht veröffentl. In dieser Entsch. erklärte das Gericht eine Satzung über einen Schlachthauszwang unwirksam, nachdem das gemeindliche Schlachthaus im Kriege zerstört worden war. Um den Schlachthauszwang nach Herstellung des Schlachthauses wieder in Wirksamkeit zu bringen, erklärte das Gericht einen neuen Gemeinderatsbeschluß, der als Satzung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu veröffentlichen war, für erforderlich.

3) vgl. die entspr. Vorschriften der heutigen Ländergemeindeordnungen: §§ 18, 19 nwGemO; §§ 10, 11 bwGemO; Art. 21, 24 bayGemO; §§ 19, 20 bremhVf; §§ 19, 20 heGemO; §§ 2, 8 ndsGemO; §§ 12, 22 rhpfGemO; §§ 17, 18 schlhGemO

liche Einrichtung Gegenstand eines A- und B-Zwangs sein kann.¹⁾

K. HURST definiert daher zutreffend: "Eine öffentliche gemeindliche Einrichtung im eigentlichen Sinne ist dann anzunehmen, wenn die betreffende Gemeindeeinrichtung seitens der Gemeinde auf Grund öffentlich-rechtlicher EntschlieÙung (als Folge gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig) den Gemeindeeinwohnern oder einem Kreis derselben zur Benutzung (ausdrücklich oder durch konkludente Handlung) zur Verfügung gestellt worden ist, wobei diesen ein im Verwaltungsstreitverfahren verfolgbares Benutzungsrecht zusteht."²⁾

MUNTZKE-SCHLEMPPE stellen mehr auf materielle Kriterien ab und definieren: "Öffentliche Einrichtungen sind demgemäß die von den Gemeinwesen dauernd oder vorübergehend einem zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gehörenden Zweck gewidmeten Personen- und Sachgesamtheiten, die auf Grund einer Zulassung von jedermann oder von einzelnen Personenkreisen nach den Vorschriften einer bestimmten Ordnung benutzt werden können oder müssen."³⁾

1) s.a. Abs.II C) aa der AusfAnw zu § 18 DGO zit. bei SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S.298, wo es heißt: "Die Gemeinde muß die Einrichtung dem betroffenen Einwohnerkreis zur öffentlichen Benutzung zur Verfügung stellen." Dies ist in Wiss.und Rspr. unbestritten, vgl. SUREN-LOSCHOLDER S. 305; MECKEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 28; TEUFEL, Diss.A -u.B-Zwang S.7; ZUHORN, Gemeindeverfassung S.88; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S.836; FORSTHOFF, VwR I 6.Aufl. S.399; s.a.: bayVfGH v.30.7.1954 DVBl 1954, 748 = DöV 1955, 258; OVG Münster v.8.10.1958 - III A 262/55 - Leits.zit.in Gemeinde 1959, 111; LG Bonn vom 21.5.1959 Landkreistag NW Eildienst 1959, 224

2) K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 836

3) MUNTZKE-SCHLEMPPE, Komm.z.heGemO S. 396

Gegenüber MUNTZKE-SCHLEMPF ist der Definition von K.HURST wegen des ausdrücklichen Abstellens auf mehr formale Kriterien der Vorzug zu geben, denn ist erst einmal "auf Grund öffentlich-rechtlicher EntschlieÙung" (durch Satzung oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Widmungsakt) den Gemeindevohnern eine Einrichtung zur Benutzung zur Verfügung gestellt worden, so kann kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß die betreffende Gemeindeeinrichtung eine öffentliche ist.¹⁾

Da wie gesagt, es in Wissenschaft und Rechtsprechung unstrittig ist, daß ausschließlich "öffentliche Einrichtungen" Gegenstand eines A- und B-Zwangs sein können, erübrigt es sich, in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung der "öffentlichen Einrichtungen" von den "Privateinrichtungen" der Gemeinden vorzunehmen.²⁾ Die streitige Frage, ob bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs nur eine öffentlich-rechtliche oder auch eine privatrechtliche Nutzungsordnung zulässig ist, wird jedoch noch in einem anderen Zusammenhang geprüft werden und juristische Bedeutung gewinnen.³⁾

1) vgl. auch Hans J.WOLFF, Unterschied A&R 76, 208: "Öffentlich-rechtlich sind mithin diejenigen Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die und soweit sie auf einem öffentlichen Sonder-Rechtssatz beruhen." S. 213: "In jedem Falle erzeugt der öffentliche Rechtssatz öffentliche, der Privatrechtssatz privatrechtliche Pflichten und Ansprüche."

2) vgl. hierzu: SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S. 283ff; PETERS, Lehrbuch S. 300ff; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 393ff; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 833 ff

3) vgl. unten S. 32ff.

a) Das Verhältnis der öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen zu den gemeindlichen Anstalten

Der Umstand, daß lediglich öffentliche gemeindliche Einrichtungen Gegenstand eines A- und B-Zwangs sein können, drängt die Frage auf, ob es sich bei diesen öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen um gemeindliche Anstalten handeln müsse, gegebenenfalls, ob diese eigene Rechtspersönlichkeit haben müssen oder nicht.

Während schon Art. 44 bayGemO vom 17. 10. 1927 lediglich von der "Zwangsbenützung gemeindlicher Einrichtungen" sprach, war in § 98 thürGemuKrO vom 8. 7. 1926 noch von "bestimmten gemeinnützigen öffentlichen Anstalten, Einrichtungen oder Betrieben der Gemeinde" und in § 14 prGemVf vom 15. 12. 1933 von "Einrichtungen, Anstalten und öffentlichen Unternehmungen" die Rede.¹⁾ Die DGO vom 30. 1. 1935 hat sich die von Art. 44 bayGemO aufgezeigte Formulierung zu eigen gemacht, indem sie in § 18 DGO nur von "gemeindlichen Einrichtungen" spricht.

Fehlt es schon an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung der "öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen", so ermangelt es ebenso an einer gesetzlichen Definition der "gemeindlichen Anstalten". Die DGO enthält zwar eine Vielzahl verwaltungsrechtlicher Begriffe wie: "Unternehmen", "Veranstaltungen", "Anstalten", "Anlagen", "Vorkehrungen" und "Einrichtungen", spricht jedoch nicht im einzelnen aus, was begriffsmäßig darunter zu verstehen ist. Die westdeutschen Ländergemeindeordnungen bringen

1) vgl. oben S. 14 Anm. 1, 2, 3

mit Ausnahme der rhpfGemO¹⁾ nicht einmal mehr den Begriff der "Anstalt". Allgemein ist nur von "öffentlichen Einrichtungen" die Rede.

Um eine Antwort auf die eingangs gestellte Frage zu erhalten, ist von dem klassischen Anstaltsbegriff O. MAYERs auszugehen. O.MAYER definierte die "Anstalt" als einen "Bestand von sachlichen und persönlichen Mitteln, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Gewalt einem besonderen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind."²⁾

Diesen Anstaltsbegriff haben sich Wissenschaft und Rechtsprechung in mehr oder minder großen Abweichungen, teils unter Abstellung auf mehr formale, teils auf mehr materielle Kriterien, zu eigen gemacht.³⁾ Die Definition von MAYER enthält zwar weder Kriterien darüber, ob die von ihm gemeinten Anstalten öffentliche oder Privatanstalten der Gemeinde sind, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich benutzt werden müssen, ob sie eigene Rechtspersönlichkeit haben müssen oder nicht. Vergleicht man jedoch seine Definition der Anstalt mit der oben erörterten Definition der "öffentlichen Einrichtung" von K.HURST, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die gemeindlichen "Anstalten" durch-

1) wo es in § 12 heißt: "Die Einwohner sind zur Mitbenutzung der öffentlichen Einrichtungen und Anstalten der Gemeinde berechtigt..."

2) O.MAYER, VwR II S. 268

3) vgl. etwa: FLEINER, Institutionen 1928 S. 322; JELLINEK, VwR S. 493; SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z. DGO Bd.I S.281; KÜCHENHOFF-BERGER, Komm.z.DGO S. 78; MECKEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 5; DOMS, Öffentliche Einrichtungen S. 15; EYERMANN-FRÖHLER, Komm.z.VGG S. 72; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 843 sagt: "Dieser Anstaltsbegriff O. MAYERs kann auch heute noch als der herrschende bezeichnet werden." s.a.heVGh v.17.8.1951 DVBl. 1951, 737

aus unter den von K. HURST gegebenen Begriff der "öffentlichen Einrichtungen" fallen können, denn auch "Anstalten" werden von den Gemeinden "auf Grund öffentlich-rechtlicher EntschlieÙung (als Folge gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig) den Gemeindegewohnern oder einem Kreis derselben zur Benutzung (ausdrücklich oder durch konkludente Handlung) zur Verfügung gestellt, wobei diesen ein im Verwaltungsstreitverfahren verfolgbares Benutzungsrecht zusteht."¹⁾

Vergleicht man weiterhin den Anstaltsbegriff NEBINGERS mit dem O.MAYERS und dem Einrichtungsbegriff von MUNTZKE-SCHLEMPPE und K.HURST, so wird die Übereinstimmung in den Begriffen noch deutlicher. NEBINGER definiert: "Man versteht unter Anstalt eine Einrichtung des Staates oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die dauernd einem abgegrenzten, zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gehörenden Zweck dient, hierfür mit einem besonderen Vermögenstatbestand ausgestattet ist und auf Grund einer besonderen Zulassung, sei es von jedermann, sei es von einzelnen Personenkreisen nach den Vorschriften einer bestimmten Ordnung benutzt werden kann oder benutzt werden muß."²⁾

Da NEBINGER die "Anstalt" als eine "Einrichtung des Staates oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts" bezeichnet, macht er offensichtlich keinen Unterschied zwischen "Anstalten" und "Einrichtungen" und meint dasselbe.

In der Tat kann man bei einem Vergleich der Definitionen der "öffentlichen Einrichtungen" von K.HURST und MUNTZKE-SCHLEMPPE einerseits mit den Definitionen der "Anstalten" von O.MAYER und NEBINGER andererseits sich

1) Dieses Benutzungsrecht der Einwohner war schon in § 17 DGO und ist allseits in den heute geltenden Ländergemeindegewohnungen festgelegt, vgl.oben S. 25 Anm. 3; s.a. ZUHORN, Gemeindegewohnung S. 87

2) NEBINGER, VwR I S. 121

des Eindrucks nicht erwehren, daß in ihren Begriffsbestimmungen jeweils die Worte "öffentliche Einrichtung" und "Anstalt" austauschbar sind und keinerlei Unterschiede zwischen beiden Begriffen bestehen.¹⁾

Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch insofern, als die "öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen" im Gegensatz zu den "gemeindlichen Anstalten" niemals eigene Rechtspersönlichkeit besitzen können.²⁾

Dies ergibt sich daraus, daß der allseits in den Gemeindeordnungen der Länder verbürgte Anspruch der Gemeindeglieder auf Benutzung der "öffentlichen Einrichtungen"³⁾ ausschließlich an die 'Adresse' der Gemeinde gerichtet und nicht hinreichend gesichert ist, wenn die "öffentliche Einrichtung" nicht als unselbständiger gemeindlicher Eigenbetrieb⁴⁾, sondern z.B. in Form einer AG oder GmbH betrieben und hierdurch der alleinigen Einflußnahme der Gemeinde entzogen wird.⁵⁾ Daraus folgt, daß Gegenstand eines

- 1) so sagt WINKELMANN, Wirtschaftliche Ausrichtung S. 29 zu Recht, daß der Anstaltsbegriff O.MAYERs in gleicher Weise für die öffentlichen Einrichtungen passe; s.a. DOMS, Öffentliche Einrichtungen S. 12: "Damit aber, daß die DGO die bisherigen Begriffe 'Anstalt' oder 'öffentliche Einrichtungen' und Anstalten vermeidet, wird erkennbar, daß die DGO den Begriff 'öffentliche Einrichtung' in ganz weitem Sinne auffaßt, der sich auf alle öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde erstrecken will und die Gemeindeanstalten mitumfaßt." s.a. KERRLWEIDEMANN, Komm.z.DGO S.194: "Öffentliche Einrichtungen sind stets die in Anstaltsform geführten Einrichtungen."
- 2) So EYERMANN-FRÖHLER, Komm.z.VGG S. 78; FRITZ, Diss. A-u.B-Zwang S. 8; KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 57 (60); - Zu dem Begriff der "öffentlich-rechtlichen rechtsfähigen Anstalten" s. ELLERINGMANN, Grundlagen S. 18f u. K.HURST, Gemeindegliederungen S. 843ff.
- 3) vgl. oben S. 30 Anm. 1
- 4) s.dazu PAGENKOPF, Einführung S. 160
- 5) vgl. KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 60: "Errichtet die Gemeinde eine öffentliche Einrichtung, so muß sie, um der damit dem Bürger gegenüber über-

A- und B-Zwangs ausschließlich eine "öffentliche gemeindliche Einrichtung" ohne eigene Rechtspersönlichkeit sein kann, mag sie auch als "unselbständige öffentliche Anstalt"¹⁾ betrieben werden.²⁾

Die Frage, ob und wie Gemeinden sich für die Durchführung des Zwangs privater Unternehmerinitiative bedienen dürfen, wird unten S. 54aff noch erörtert werden.

b) Rechtscharakter des Benutzungsverhältnisses

Wie erörtert wurde, ist notwendige Voraussetzung für die Anordnung eines A- und B-Zwangs das Bestehen einer öffentlichen gemeindlichen Einrichtung. Ordnet nun eine Gemeinde den A- und B-Zwang an, und stellt sie hierfür den Gemeindewohnern eine öffentliche gemeindliche Einrichtung zur Benutzung zur Verfügung, so stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses: Ist es öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt? MAW: bestimmen sich die Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinde und den Benutzern nach öffentlichem oder privatem Recht?

nommenen Verantwortung willen, 'Herr im Hause' sein." Im einzelnen ist noch vieles streitig: vgl. SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 282; RAISER, Unternehmensformen S. 71ff; WOLFF, Unterschied AöR 76, 216 Anm. 16; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 353; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 837f (844f); ZEISS, Wirtschaftsrecht S. 650 (652)

- 1) s. dazu K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 843f.
- 2) Zutreffend, LG Bonn v. 21. 5. 1959 Landkreistag NW Eildienst 1959, 224, das eine gemeindliche Einrichtung über die Wasserversorgung als "öffentliche Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit" bezeichnet; s.a. VGH Freiburg v. 11. 5. 1955 DVBl 1955, 745

Es wird im Schrifttum verschiedentlich die Meinung vertreten, daß bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs zwar grundsätzlich einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses der Vorrang zu geben sei, daß jedoch auch eine privatrechtliche Regelung des Benutzungsverhältnisses "theoretisch" möglich und nicht unzulässig sei.¹⁾

¹⁾ so vor allem SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 307f; FORSTHOFF, VwR I 8.Aufl. S. 361; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 840; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 52 (54f)

Gegenteiliger Ansicht ist die wohl überwiegende Meinung in Wissenschaft¹⁾ und Rechtsprechung²⁾.

Diese Streitfrage ist zwar für das Hauptanliegen der Schrift, nämlich der Prüfung einer Enteignungsentschädigung für die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden der Gemeinde, nur von untergeordneter Bedeutung, da, die Zulässigkeit einer privatrechtlichen Benutzungsform unterstellt, die Gemeinden ebenso an die Grund- und Freiheitsrechte des GG gebunden sind, als wenn sie die Einrichtungen des A- und B-Zwangs in öffentlich-rechtlicher Form betreiben³⁾. Da dieser Streit jedoch Bedeutung gewinnt für die Frage, ob Vertragsrecht oder Abgabenrecht, privatrechtlicher Kontrahierungs- oder öffentlich-rechtlicher Zulassungszwang, Zivilrechts- oder Verwaltungsrechtsweg, zivilrechtliche Vollstreckung oder Verwaltungszwangsverfahren gelten, bedarf dieses Problem einer näheren Untersuchung.

Bei der Abgrenzung des Streits ist zunächst zu unter-

- 1) FRIEDRICHS, Versorgungsbetriebe S. 69; FLEINER, Institutionen S. 51 (335 Anm. 52); KERRL-WEIDEMANN, Komm.z.DGO S. 195 (206); ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm.z.DGO S. 79; TEUFEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 10; NEBINGER, VwR I S. 132; HUBER, WirtschaftsVwR I S. 160c; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 398; v.KORNATZKI, Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S. 25 (37); HELMREICH-WIDTMANN, Komm.z.bayGemO S. 189; BUHLMANN, Rechtsnatur KStZ 1958, 211; LANDMANN-GIERS-PROKSCH, VwR I S. 79
- 2) prOVG v. 20. 12. 1912 E 62, 243; v. 27. 4. 1915 E 68, 114; VGH Freiburg v. 11.5.1955 DVBl 1955, 746; OVG Berlin v. 28.3.1957 DVBl 1958, 253; OVG Münster v. 8.10.1958 - III A 262/55 - Leits. zit. Gemeinde 1959, 111; LG Bückeburg v. 12.3.1959 KStZ 1959, 177; LVG Düsseldorf v. 14.4.1959 KStZ 1959, 176; LG Bonn v. 21.5.1959 Landkreistag NW Eildienst 1959, 224
- 3) WOLFF, VwR I § 23 I S. 84f

scheiden zwischen den öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen ohne A- und B-Zwang (Museen, Theater, Badeanstalten und dergl.) und solchen mit A- und B-Zwang. Bei ersteren kann das Benutzungsverhältnis unstreitig auch privatrechtlich ausgestaltet werden. Wann dies der Fall ist, wird zu Recht jeweils als eine Tatfrage angesehen, d.h. die rechtliche Organisation dieser gemeindlichen Einrichtungen muß mangels klarer Regelung durch Satzung "auf Indizien überprüft werden"¹⁾, die in ihrer Gesamtheit einen Schluß auf die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen der öffentlichen Einrichtung und ihren Benutzern erlauben"²⁾.

Auf die Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses bei diesen öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen ist deshalb nicht näher einzugehen. Zu erörtern bleibt lediglich die Frage, ob bei den öffentlichen Einrichtungen mit A- und B-Zwang eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zulässig ist.

Ein Teil des Schrifttums, das diese Frage bejaht, vergleicht das Benutzungsverhältnis der Einrichtungen des A- und B-Zwang mit den "diktierten Ver-

- 1) z.B. auf die Anspruchsgrundlage, nach der das Benutzungsantgelt gefordert wird, sei es nach BGB oder nach einer gem. prKAG erlassenen Gebührenordnung, vgl. WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 22 II c und die dort zit. Rspr.
- 2) so K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 840 in Anlehnung an die Entsch. des VGH Freiburg v. 11.5.1955 DVBl 1955, 745; s.a. BGHZ v. 26.3.1953 DöV 1954, 88; bayVfGH v. 20.6.1956 DöV 1956, 499; BVwG v. 18.10.1960 DVBl 1961, 208 mit Anm. von WOLFF; vgl. ferner: DOMS, Öffentliche Einrichtungen S. 17; ZUHORN, Gemeindeverfassung S. 86; SIEBERT, Rechtsprechung DöV 1959, 735; LANDMANN-GIERS-PROKSCH, VwR S. 79

trägen" NIPPERDEYS¹⁾ und argumentiert, die Tatsache, daß beim B-Zwang der Benutzer nicht frei sei, spreche nicht gegen die Möglichkeit einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, da der privatrechtliche Vertrag die Freiheit zum Vertragsabschluß nicht voraussetze, wie sich aus NIPPERDEYS "diktierten Verträgen" ergebe.²⁾ K.HURST begründet seine Meinung ferner damit, daß Ziff. 2 der 2.VwVO zu § 19 nwGemO von dem "für den Anschluß und die Benutzung zu entrichtenden durch die Satzung zu regelnden" 'Entgelt' spreche und daß unter dem Begriff 'Entgelt' sowohl eine 'öffentlich-rechtliche Gebühr' als auch ein 'privatrechtliches Entgelt' zu verstehen sei.³⁾ SUREN-LOSCHOLDER räumen ein, daß zwar ein durch Satzung festgesetztes "privatrechtliches Entgelt" mit dem Satzungsbegriff nicht völlig zu vereinbaren sei, daß jedoch keine grundlegenden Bedenken bestünden, derartige Festsetzungen in einer Satzung zu treffen, da es nicht selten sei, daß eine Satzung reine Organisationsvorschriften, also auch wesensfremde Teile, enthalte. Auch sei nicht einzusehen, warum der Begriff der öffentlichen Einrichtung i.S. von § 18 DGO von weitergehenden Voraussetzungen abhängig sein müsse als einer solchen i.S. des § 17 DGO. Ebensowenig wie es einen Rechtssatz gäbe, nach dem für eine

1) NIPPERDEY, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, Jena 1920

2) so besonders K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 840; FORSTHOFF, VwR I 7.Aufl. S. 361; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 52(54)

3) K.HURST S. 840; - in Ziff.2 der 2.VwVO zu § 19 nwGemO heißt es: Die Satzung "muß die näheren Vorschriften über den Anschluß- oder Benutzungszwang enthalten und insbesondere auch das für den Anschluß und die Benutzung zu entrichtende Entgelt regeln."(zit. nach KOTTENBERG S. 35)

öffentliche Einrichtung i.S. des § 17 DGO die Erhebung von Gebühren im Gegensatz zu privatrechtlichen Vergütungen Voraussetzung für die öffentliche Eigenschaft der Einrichtung sei, gebe es einen solchen, der besage, daß beim A- und B-Zwang stets eine öffentliche Gebühr erhoben werden müsse.¹⁾

Die Ansichten von K.HURST, FORSTHOFF und SUREN-LOSCHOLDER sowie die Meinungen derjenigen, die, teils mit ähnlicher, teils ohne jegliche Begründung bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs die Möglichkeit einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses bejahen²⁾, halten kritischer Prüfung nicht stand.

K.HURST und FORSTHOFF ist zunächst insofern entgegenzutreten, als die sogen. "diktierten Verträge", die NIPPERDEY in seiner Schrift "Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag" behandelt³⁾, gesetzgeberische Ausnahmemaßnahmen sind, die durch "Kriegs- und Übergangszeit" bedingt waren⁴⁾, und die somit schlecht mit dem Benutzungsverhältnis der öffentlichen Einrichtungen des A- und B-Zwangs vergleichbar sind. Ebenso verhält es sich mit der "Mietverfügung" und dem "Zwangsmietvertrag" nach

1) SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 307f.

2) vgl. etwa: HOOK, Diss. Rechtscharakter S. 1(28); MECKE, Diss.Rechtsnatur S. 25; SCHEIDEMANTEL, Diss. A- u.B-Zwang S. 52(54);

3) vgl. S. 116ff. z.B. den Kontrahierungszwang bei Betriebsunternehmern zur Einstellung betriebsfremder Kriegsteilnehmer und Hilfsdienstverpflichteter nach der TarifvertragsVO vom 23.12.1918 und dem Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 6.4.1920 (zit. S. 125 Anm. 2); ferner u.a. S. 126 Anm. 2 den Zwangsmietvertrag nach § 4 WohnungsmangelVO v.23.9.1918 (RAnz 228) und den Zwangspachtvertrag gem. § 22 RSiedlG v.15.12.1919 (GS 31)

4) wie NIPPERDEY S. 5 selbst sagt

dem WohnrBewG vom 31. 3. 1953¹⁾, das K.HURST²⁾ zur Stützung seiner Ansicht heranzieht. Wie sehr auch dieses Gesetz eine durch die Nachkriegszeit bedingte Ausnahmeercheinung ist, zeigen das "Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht" (AbbauG)³⁾ sowie §§ 3 d und 3 e WohnrBewG i.d.F. vom 23. 6. 1960⁴⁾, die ab 1.Juli 1961 die gebietsweise Aufhebung der Wohnraumbewirtschaftung vorsehen.

Das Rechtsinstitut des A- und B-Zwangs beinhaltet keine solchen gesetzgeberischen Ausnahmetatbestände. Den A- und B-Zwang hat es in mehr oder minder unterschiedlicher Form seit jeher gegeben,⁵⁾ und durch die Schaffung der DGO wurde er zum ersten Male einheitlich und reichsrechtlich geregelt zu einer Zeit (1935), die weder durch Kriegs- noch Nachkriegsverhältnisse bestimmt war. Bei dem Rechtsinstitut besteht auch kein gesetzgeberisches Bedürfnis, daß "eine soziale Rechtsordnung, als Rechtsordnung des Ausgleichs widerstreitender Individualinteressen, im Hinblick auf die Interessen der Gesamtheit Vorsorge zu treffen hat, daß da, wo es notwendig erscheint, ein Rechtssubjekt zur Beteiligung an den p r i v a t r e c h t l i c h e n Wertbewegungen und daher zum Abschluß von Verträgen gezwungen werden kann"⁶⁾ Denn, wo schon ein öffent-

1) SCHÖNFELDER 28

2) Gemeindeeinrichtungen S. 840 Anm. 2

3) SCHÖNFELDER 27

4) SCHÖNFELDER 28

5) vgl. oben S. 11ff.

6) so NIPPERDEYs Begründung für die gesetzgeberische Notwendigkeit der "diktierten Verträge" S. 5

lich-rechtlicher Zwang (hier der A- und B-Zwang) besteht, dort bedarf es "zum Ausgleich widerstreitender Individualinteressen" keines weiteren Zwanges mehr zum Abschluß von Verträgen (Kontrahierungszwang).¹⁾

Gehen also die "diktierten Verträge" NIPPERDEYS von anderen Voraussetzungen und Tatbeständen aus, so können sie nicht mit dem Benutzungsverhältnis der Einrichtungen des A- und B-Zwangs verglichen werden.

Die weitere Argumentation von K.HURST, daß Ziff. 2 der 2.VwVO zu § 19 nwGemO von dem für den Anschluß und die Benutzung zu entrichtenden und durch die Satzung zu regelnden "Entgelt" spreche, und daß unter dem Begriff "Entgelt" sowohl eine "öffentlich-rechtliche Gebühr" als auch ein "privatrechtliches Entgelt" zu verstehen sei, geht ebenfalls fehl. Denn ein "Entgelt", das nur durch Satzung, d.h. durch einen öffentlich-rechtlichen Rechtssatz festgesetzt werden kann, der ausschließlich öffentlich-rechtliche Ansprüche und Pflichten erzeugt, kann doch nur eine öffentlich-rechtliche Gebühr sein, gleichgültig, ob in der Satzung ausdrücklich Bezug genommen wird z.B. auf die §§ 4ff prKAG oder nicht.²⁾

- 1) ohne abschließend zu dem Problem Stellung zu nehmen, räumt NIPPERDEY S. 27 Anm.4 ein: "Es muß allerdings in den Fällen des Benutzungszwanges meist ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis vorliegen, aber nicht wegen des Anschlußzwanges, sondern weil öffentliche Verwaltung ausgeübt wird."
- 2) ebenso TEUFEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 9; v.KOR-NATZKI, Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S. 37; BUHLMANN, Rechtsnatur KStZ 1958, 211: "Unmittelbar durch den Anschlußzwang werden öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Gemeinde und Gemeindebewohner hervorgeru-

Ein in der den A- und B-Zwang anordnenden Satzung für die Benutzung festgesetztes "Entgelt" ist auch keine "reine Organisationsvorschrift und wesensfremder Bestandteil" der Satzung, wie SUREN-LOSCHELDER¹⁾ meinen, sondern gerade, weil es in der Satzung geregelt und von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden muß²⁾, kann es nur wesensmäßig Bestandteil der Satzung sein und niemals privatrechtlichen Charakter haben.

Unter Ablehnung der Meinung, die bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses "theoretisch" als zulässig ansieht, indem sie offensichtlich unterscheidet zwischen öffentlich-rechtlichem Begründungstatbestand (Satzung) und Durchführungstatbestand (Benutzungsverhältnis), der privatrechtlich geregelt werden könne, ist folgendes festzustellen: Eine Unterscheidung zwischen Begründungs- und Durchführungstatbestand einer öffentlichen Einrichtung kann nur getroffen werden

fen." SIEBERT, Rechtsprechung DöV 1959, 735:
"Die Regelung des Benutzungsverhältnisses durch Satzung ist ein sicheres Kennzeichen für öffentlich-rechtliche Gestaltung." s.a. VGH Freiburg v.11.5.1955 DVBl 1955, 746; LVG Düsseldorf v. 14.4.1959 KStZ 1959, 175; aM wohl Hans J.WOLFF, Unterschied AöR 76, 216, wenn er ausdrücklich eine Erwähnung der §§ 4ff prKAG in der Satzung verlangt; FORSTHOFF, VwR I 7.Aufl. S. 361 ist der Ansicht, daß sogar eine Bezugnahme auf §§ 4ff prKAG nicht immer auf den öffentlich-rechtlichen Charakter des Benutzungsverhältnisses schließen lasse, da § 90 prKAG die Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren nicht nur für die öffentlich-rechtlichen Gebühren, sondern auch für die privatrechtlichen Vergütungen vorsehe, sofern diese nach einem von der Aufsichtsbehörde genehmigten Tarif erhoben würden.

- 1) Komm.z.DGO Bd.I S. 308
- 2) dies räumen SUREN-LOSCHELDER Bd.I S. 304 selbst ein

bei den öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen ohne A- und B-Zwang (Theater, Museen, Schwimmbäder), wo es in dem B e l i e b e n der Gemeindeglieder steht, die betreffende Einrichtung zu benutzen¹⁾, nicht jedoch bei den Einrichtungen mit A- und B-Zwang. Denn die vertragliche Regelung eines Benutzungsverhältnisses setzt bei beiden Kontrahenten, hier bei der Gemeinde als Verwaltungsträger der Einrichtung einerseits und bei dem Gemeindeglieder als Benutzer andererseits sowohl "die Freiheit in der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages als auch die Freiheit des Entschlusses über die Frage voraus, ob man einen Vertrag abschließen will oder nicht."²⁾

Beim A- und B-Zwang kann kein zweistufiges Rechtsverhältnis begründet, kann nicht unterschieden werden zwischen Begründungs- und Durchführungstatbestand, weil der Gemeindeglieder hier nicht f r e i in seinem Willen ist. Der Zwang zum Anschluß und zur Benutzung ist ein w i l l e n s f r e m d e r Zwang. Denn ist erst einmal die den A- und B-Zwang

- 1) so auch BGHZ v.26.3.1953 NJW 1953, 779 = DöV 1954, 89, der bei einer Universitätsklinik "zwischen dem Akt der Schaffung des Unternehmens einerseits und dessen Organisation andererseits" unterscheidet.
- 2) so zutreffend NIPPERDEY, Kontrahierungszwang S. 4; vgl. auch die im Hinblick auf § 102 WoFamG für die Gewährung von Wohnungsbaudarlehen entwickelte sog. "Zweistufen-Theorie", die nach Erlass des Bewilligungsbescheides - 1.Stufe = öffentlich-rechtlicher Begründungstatbestand - das Aushandeln des privatrechtlich abzuschließenden Darlehensvertrages (einschl. Darlehenshergabe, Abwicklung, Zinshöhe und Amortisation) - 2.Stufe = Durchführungstatbestand - der f r e i e n Willensentscheidung der Vertragspartner (der Gemeinde als Bewilligungsstelle und des Bauherrn als Antragsstellers) überläßt. s.dazu: OVG Münster v. 19.12.1958 DVBl 1959, 665; BVwG v. 9.6.1959 DVBl 1959, 665 mit Anm. von FLESSA DVBl 1960, 137f; s.a. SIEBERT in: SOERGEL-SIEBERT, BGB Bd. I Einl. 84 - 86; HAAS, Verwaltungsprivatrecht DVBl 1960, 307 u. WOLFF, VwR I 4.Aufl. § 22 III f

anordnende Satzung ordnungsgemäß beschlossen, genehmigt und verkündet worden, so ergibt sich für den Gemeindebewohner unmittelbar die Verpflichtung, der Satzung gemäß zu handeln und nur die zur Verfügung gestellte gemeindliche Einrichtung zu benutzen bzw. sein Grundstück an sie anzuschließen, ob er will oder nicht und gleichgültig, ob für ihn ein Gebrauchsbedürfnis besteht oder nicht (eigene Wasserbrunnen). Anders beim bloßen B-Zwang (Friedhöfe, Schlachthäuser), der von einem Gebrauchsbedürfnis abhängig ist.

Begründungs- und Durchführungstatbestand der Einrichtungen des A- und B-Zwangs müssen also notwendig als eine E i n h e i t angesehen werden. Aus dem willensfremden Zwang zur Benutzung der Einrichtung, der nach dem Gesetz ausschließlich durch Satzung, d.h. nur durch einen öffentlich-rechtlichen Sonderrechtssatz auferlegt werden kann, folgt zwingend, daß das Benutzungsverhältnis auch nur öffentlich-rechtlich sein kann.¹⁾

1) Im Ergebnis ebenso die schon oben S. 33 Anm.1 u.2 zit.Lit.u.Rspr. s.a. KERRL-WEIDEMANN, Komm.z.DGO S. 195 (206); ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm.z. DGO S. 79, die auf das Benutzungsrecht der Einwohner abstellen, das "nur obrigkeitlich durch Satzung, nicht aber durch bürgerlich-rechtlichen Vertrag begründet werden kann"; s.a.BACHOF, Rechtsschutz, DÖV 1953, 423, insbes. Anm.14; ferner: MUNTZKE-SCHLEMPP, Komm.z.heGemO S. 398: "Bei den mit A- und B-Zwang ausgestatteten Satzungen liegt wegen des hierbei in jedem Falle gegebenen Ordnungsverhältnisses zwischen Gemeinde und Benutzer eine öffentlich-rechtlich genutzte Einrichtung vor." MUNTZKE-SCHLEMPP widersprechen sich jedoch selbst, wenn sie auf S. 394 mit Bezug auf die Entsch. des VGH Kassel v. 17.8.1951 DVBl 1951, 737 sagen: "Zu den öffentlichen Einrichtungen i.S. der Bereitstellungspflicht ... und des A- und B-Zwangs gehören alle der allgemeinen gleichgeregelten Benutzung offenen Einrichtungen der Gemeinde ohne Rücksicht darauf, ob die Benutzung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist." s.ferner: SIEBERT: in: SOERGEL-SIEBERT, BGB Bd.I Einl. 74; DAVID, Diss.Satzungsgewalt S. 130 sowie

Daraus folgt, daß beim A- und B-Zwang kein "Verwaltungsprivatrecht"¹⁾ gilt, wo idR ein öffentlich-rechtlicher Akt auf Begründung privatrechtlicher Verhältnisse gerichtet ist (z.B. Gewährung von Subventionen, Bürgschaften, Wohnungsbaudarlehn)²⁾. Denn hier wird die meist in einem zweistufigen Verfahren³⁾ zu gewährende Leistung der Verwaltung erst bei "Abruf" hergegeben, d.h. auf Grund der Antrags- und Kontrahierungsfreiheit des anspruchstellenden Bürgers bereitgestellt und gewährt, falls er die gesetzlichen Voraussetzungen für die Leistungsgewährung erfüllt. Beim A- und B-Zwang wird jedoch die Leistung der Gemeinde schon unmittelbar mit dessen Anordnung bereitgestellt und hergegeben; der Anschluß- und Benutzungspflichtige hat kein Wahlrecht mehr, ob er die Leistung annehmen will oder nicht, ob er Anträge stellen oder Verträge abschließen will oder nicht, so daß hier kein "Verwaltungsprivatrecht" gelten kann.

Wenn gleichwohl verschiedentlich in der Praxis mit A- und B-Zwang ausgestattete gemeindliche Wasserwerke privatrechtlich betrieben werden, so hat dies einmal seinen Grund in der historischen Entwicklung dieser Unternehmen, die früher vornehmlich zuerst von

insbes. KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 79f Anm. 63; S. 83f u. 94 - Zur Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht vgl. im übrigen neuerdings BGHZ v. 25.4.1960 DVBl 1960, 561 u. v. 27.3.1961 NJW 1961, 1355 -

- 1) s.dazu: WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 23 II b; HAAS, Verwaltungsprivatrecht DVBl 1960, 303ff; kritisch: MENDER, Bestimmung DVBl 1960, 297 (302)
- 2) vgl. dazu im einzelnen: WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 23 II b mit weiteren Beispielen.
- 3) "Zweistufen-Theorie" bei der Gewährung von Wohnungsbaudarlehn, s.dazu oben S. 40 Anm. 2

Aktiengesellschaften gegründet wurden¹⁾, zum anderen darin, daß die gemeindlichen Wasserwerke vielfach aus Gründen der Rentabilität und Verwaltungsvereinfachung mit den gemeindlichen Gas- und Elektrizitätsbetrieben zu einer rechtlichen Organisation (Eigenbetrieb, AG oder GmbH) zusammengeschlossen sind²⁾. In dieser Organisation nehmen die mit A- und B-Zwang ausgestatteten Wasserwerke insofern eine Sonderstellung ein, als die Anordnung eines A- und B-Zwangs für gemeindliche Gas- und Elektrizitätsbetriebe unzulässig ist, weil sie nicht der Volksgesundheit dienen.

Wie bedenklich jedoch diese historisch und oft durch Gesichtspunkte der Rentabilität und Verwaltungsvereinfachung bedingte privatrechtliche Nutzungsordnung dieser gemeindlichen Wasserwerke ist, zeigen die Ausführungen von K.HURST³⁾ zur Zulässigkeit einer Sperre von Leitungswasser wegen Zahlungsverzuges⁴⁾.

c) Öffentlich-rechtlicher Zulassungszwang als Korrelat des A- und B-Zwangs

Durch eine den A- und B-Zwang anordnende Satzung werden sowohl für die Gemeindegewohner als auch

- 1) vgl. FISCHERHOF, Öffentliche Versorgung DöV 1957, 305 u. K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 848ff
- 2) so z.B. in Münster (Westf.) seit 1901 zu einem gemeindlichen Eigenbetrieb.
- 3) Gemeindeeinrichtungen S. 849
- 4) s.dazu auch unten S. 46 Anm. 1 der Schrift; vgl. auch MENDER, Bestimmung DVBl 1960, 297 (301), der davor warnt, "wenn die Verwaltung durch Zwischenschaltung privatrechtlicher Formen eine 'Flucht aus dem öffentlichen Recht' mit seinen strengeren Bindungen versucht."

für die Gemeinde konkrete Rechte und Pflichten begründet. Die Gemeindeeinschwohner werden verpflichtet, bei Vermeidung von Zwangsmaßnahmen (Zwangsgeld, Ersatzvornahme)¹⁾ nach dem Gebote der Satzung zu handeln und nur die zur Verfügung gestellte Einrichtung der Gemeinde zu benutzen.²⁾ Die Gemeinde wird ihrerseits verpflichtet, die in der Satzung ausgesprochene Leistung auch tatsächlich anzubieten, d.h. sie muß die Einrichtung mit den dazu erforderlichen persönlichen und sachlichen Mitteln (Verwaltungsapparat, technische und betriebsmäßige Organisation) den Gemeindeeinschwohnern zur Verfügung stellen. Einem B-Zwang der Gemeindeeinschwohner steht also als notwendiges Korrelat ein öffentlich-rechtlicher Zulassungszwang der Gemeinde gegenüber.³⁾ Dieser öffentlich-rechtliche Zulassungszwang begründet für die Gemeindeeinschwohner das subjektive öffentliche Recht⁴⁾, "nach den bestehenden Vorschriften die öffentlichen gemeindlichen Einrichtungen zu benutzen".⁵⁾

Ein Teil der auf S. 36ff behandelten und abgelehnten Meinung im Schrifttum, die bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses "theoretisch" als zulässig ansieht, will bei einer privat-

1) vgl. oben S. 23

2) anders beim bloßen Anschlußzwang (Wasserleitung, Kanalisation), bei dem die Gemeindeeinschwohner lediglich verpflichtet werden, ihre Grundstücke an die gemeindliche Einrichtung anzuschließen, ohne diese auch benutzen zu müssen, s.a. oben S. 10

3) JAEKEL, Diss. Anschlußzwang S. 66; ZUHORN, Gemeindeverfassung S. 86; bayVfGH v.17.12.1954 DöV 1956, 704

4) HOFMANN, Diss. A-u. B-Zwang S. 53; K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 843

5) so § 17 DGO, s.a. die entspr. Bestimmungen der westdeutschen Ländergemeindeordnungen, s. oben S. 25 Anm. 2

rechtlichen Regelung des Benutzungsverhältnisses ebenfalls einen öffentlich-rechtlichen Zulassungszwang als Korrelat des A- und B-Zwangs annehmen.¹⁾

K.HURST stützt seine Ansicht darauf, daß privatrechtlicher Kontrahierungs- und öffentlich-rechtlicher Zulassungszwang als verwandte Figuren nur dann zum gleichen Ergebnis führten, wenn es sich um eine gemeindliche Einrichtung mit Monopolcharakter handele und die Verweigerung der Zulassung sich als sittenwidrige Schädigung darstelle. Im anderen Falle komme der privatrechtliche Kontrahierungszwang nicht zum gleichen Ergebnis wie der öffentlich-rechtliche Zulassungszwang, mit dem die Nutzungsberechtigten immer zur Verwirklichung ihres gesetzlichen Anspruches gelangten. Deshalb könne nur der Standpunkt richtig sein, daß der öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch und der öffentlich-rechtliche Zulassungszwang auch bei privater Nutzungsordnung gegeben sein müßten.²⁾

Es erübrigt sich, näher auf diesen Streit einzugehen, da bei den Einrichtungen des A- und B-Zwangs nach hier vertretener Ansicht ausschließ-

1) So K.HURST S. 841f.; DOMS, öffentliche Einrichtungen S. 74f.; SCHENK, Kontrahierungszwang S. 54 andere, wie z.B. SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 294 und die bei K.HURST S. 841 in Anm. 3-7 zit. Autoren, wollen bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses nur einen privatrechtlichen Kontrahierungszwang gelten lassen. Ebenso wohl auch FORSTHOFF, VwR I 7. Aufl. S. 363f., ohne jedoch im einzelnen den Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichem Zulassungs- und privatrechtlichem Kontrahierungszwang klar herauszustellen.

2) K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 841f; im Ergebnis ebenso DOMS, öffentliche Einrichtungen S. 75 und SCHENK, Kontrahierungszwang S. 54f.

lich eine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung zulässig ist und deshalb nur ein öffentlich-rechtlicher Zulassungszwang gegeben sein kann. Gesagt sei jedoch, daß die Meinung, die eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses bejaht, konsequenterweise dann auch nur einen privatrechtlichen Kontrahierungszwang als vorliegend erachten müßte.¹⁾

d) Schranken des Benutzungsrechts

Das subjektive öffentliche Recht der Gemeindewohner auf Benutzung der öffentlichen Gemeindevorrichtungen ist nicht schrankenlos. Es kann nur "nach den bestehenden Vorschriften" (vgl. § 17 I DGO), ähnlich § 18 II nWGemO "im Rahmen des geltenden Rechts", geltend gemacht werden.

"Nach den bestehenden Vorschriften" bzw. "im Rahmen des geltenden Rechts" heißt, daß neben den gesetzlichen Vorschriften die Bestimmungen der Benutzungsordnung der jeweiligen Gemeindevorrichtung Art und Ausmaß der Benutzung regeln.²⁾ So hat das Benutzungsrecht der Gemeindewohner z.B. seine Grenze dort, wo das Leistungsvermögen der gemeindlichen Einrichtung aufhört (Rechtsgedanke des § 242 BGB)³⁾.

1) Diese Folgerung ziehen: NIPPERDEY, Kontrahierungszwang S. 26 Anm. 3; RÜDIG, Diss.Monopolstellung S. 33; SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S. 294; HUBER, WirtschaftsVwR I S. 483

2) MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 421; s.a. Ausf. Anw II 2 zu § 17 DGO zit. bei SUREN-LOSCHOLDER Bd.I S. 279, in der es heißt: "Das Mitbenutzungsrecht findet, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften bestehen, seine Grenze in den grundsätzlich für alle Einwohner gleichmäßig zu haltenden Gemeindevorschriften, die Voraussetzungen, Bedingungen und Art der Benutzung regeln."

3) MUNTZKE-SCHLEMPF S. 421

Der Organwalter der gemeindlichen Einrichtung hat nach allgemeiner Ansicht bei folgenden drei Tatbeständen das Recht, Gemeindeeinwohner von der Benutzung der Einrichtung auszuschließen:

- a) wenn in der Person des Benutzenwollenden Gründe vorliegen, die den Ausschluß rechtfertigen¹⁾,
- b) wenn eine ordnungswidrige Benutzung der öffentlichen Einrichtung vorliegt bzw. nach den Umständen zu erwarten ist,²⁾
- c) wenn der Zustand der öffentlichen Einrichtung den vorübergehenden oder dauernden Ausschluß von der Benutzung rechtfertigt.³⁾

-
- 1) DOMS, Öffentliche Einrichtungen S. 55; JELLINEK, VwR S. 495; HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 53; SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S. 293; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 421ff, K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 843; - z.B. Entzug der Gewerbeerlaubnis von Fleischern, die das gemeindliche Schlachthaus benutzen wollen; str. ist, ob die auf Grund eines Zahlungsverzuges angeordnete vorübergehende Liefersperre einer gemeindlichen Wasserleitung zulässig ist. Für die Zulässigkeit einer Liefersperre hat sich das prOVG in PrVB1 36, 168; 52, 28 ausgesprochen, falls sie von einem gewerblichen (privatrechtlichen) gemeindlichen Wasserwerk ohne A- und B-Zwang ausgesprochen wird. Die Zulässigkeit der Liefersperre hat es jedoch verneint bei B-Zwang (prOVG E 62, 234(239); 66, 159(162)) - K.HURST, S. 848 und die dort in Anm.8 zit. Autoren halten eine Liefersperre für zulässig, gleichgültig, ob es sich um ein privates Wasserwerk der Gemeinde, oder ob es sich um eine Einrichtung mit A- und B-Zwang handelt. Diese Auffassung ist sehr bedenklich, da bei der Sperrung von Wasser immer Lebensgefahr besteht; s.a. OVG Münster v. 27.5.1960 - III B 954/59 - DöV 1960, 761f
 - 2) prOVG in PrVB1 25, 594; RGZ v.7.11.1931 E 133,388 (Untersagung des Theaterbesuchs zur Verhinderung unsachlicher Kritik); LG Köln v.10.2.1949 NJW 1949, 715; heVGh v.17.8.1951 DVBl 1951, 737; Hans J.WOLFF VwR I § 42 VI b 5 S. 205
 - 3) z.B. bei Reinigungs-, Reparatur- und Umbauarbeiten der Einrichtung oder bei Platzmangel auf gemeindlichen Friedhöfen

2. Der Volksgesundheit dienend

Neben dem Vorliegen einer öffentlichen gemeindlichen Einrichtung ist als weitere materielle Voraussetzung für die Einführung eines A- und B-Zwangs notwendig, daß diese Einrichtung der Volksgesundheit dient.¹⁾

Diese Voraussetzung besagt, daß der A- und B-Zwang nicht für jede beliebige Einrichtung der Gemeinde angeordnet werden darf, sondern nur für solche Einrichtungen, die "ähnlich" wie die der Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung und Schlachthöfe der Volksgesundheit dienen. In erster Linie müssen also Gründe der Gesundheit in Betracht kommen²⁾, während die Anordnung eines A- und B-Zwangs aus rein fiskalischen Gründen unzulässig ist.³⁾ Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß auch wirtschaftliche, insbesondere Rentabilitätsgründe, bei der Schaffung der Einrichtung hinreichende Berücksichtigung finden, zu deren Beachtung die Gemeinden sogar gesetzlich verpflichtet sind.⁴⁾ Nur

- 1) vgl. § 19 nwGemO und die entspr. Bestimmungen der anderen westdeutschen Ländergemeindeordnungen zit. oben S. 2 Anm. 2
- 2) Unter "Gesundheit" ist nach der Def. der Weltgesundheitsorganisation "der Zustand optimalen, psychischen, physischen und sozialen Wohlbefindens (well-being) und nicht nur das Freisein von Krankheiten zu verstehen"; so Leits. des "Deutschen Arbeitsringes zur Lärmbekämpfung e.V." Düsseldorf, Privatdruck 1956. s.a. LEHMKUHL, Gesundheitspflege DöV 1959, 596
- 3) vgl. AusfAnw Ziff. 2 c zu § 18 DGO; SUREN-LOSCHELDER, Komm. z. DGO Bd. I S. 303; heVGh v. 21.3.1952 DVBl 1953, 638
- 4) vgl. z.B. § 18 I nwGemO, wonach die Gemeinden die öffentlichen Einrichtungen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zu schaffen haben; s.a. SUREN-LOSCHELDER, Bd. I S. 303; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm. z. heGemO S. 404

a l l e i n aus fiskalischen Gründen ist die Anordnung eines A- und B-Zwangs unzulässig.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes, "und ähnlicher der Volksgesundheit dienender Einrichtungen" ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Anordnung des A- und B-Zwangs nicht abschließend¹⁾ hat regeln wollen und den Gemeinden nur durch eine Generalklausel aufgezeigt hat, welche Einrichtungen zu den der Volksgesundheit dienenden Einrichtungen zu zählen sind. Als "ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen" kommen insbes. solche der Fäkalienabfuhr, der Tierkörperbeseitigung und des Bestattungswesens in Betracht, die unter §§ 12, 13, 14 noch einer eingehenden Erörterung unterzogen werden.

3. Das dringende öffentliche Bedürfnis

Das "dringende öffentliche Bedürfnis", das § 19 nw-GemO zusätzlich neben der volksgesundheitlichen Maßnahme verlangt, ist nicht gleichbedeutend mit der polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehr. Es kann deshalb schon gegeben sein, nicht nur, wenn die öffentliche Ordnung und Sicherheit, also zur Gefahrenabwehr (Feuer, Seuchen), es erfordern, sondern auch dann, wenn das gemeinschaftliche Wohl er verlangt²⁾, d.h. die "Wohlfahrt" des Gemeindebewohners (insbes. dessen gesundheitliches Wohl) gefördert werden soll³⁾.

- 1) im Gegensatz zur abschließenden Zuständigkeitsregelung s.dazu oben S. 19
- 2) vgl. in Art. 24 bayGemO die Formulierung: "aus Gründen des öffentlichen Wohls"
- 3) SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 303; KOTTENBERG, Komm.z.nwGemO S. 36; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 403f; s.a. heVGH v. 21.3.1952 VwRspr 5, 723; VGH Freiburg v. 26.3.1953 DVBl 1953, 635; s. ferner AusfAnw 2 c zu § 18 DGO zit. bei SUREN-LOSCHOLDER S. 303, in der es heißt: Die Gemeinden

Es genügt, daß das "dringende öffentliche Bedürfnis" - z.B. bei einer Kommunalisierung von gemeindlichen Wasserleitungs- und Kanalisationsanlagen - nur für einen Teil des Gemeindegebietes gegeben ist; es ist nicht erforderlich, daß es für jedes einzelne Grundstück des Gemeindegebietes nachweislich besteht.¹⁾

Das Adjektiv "dringend" hat in § 19 nwGemO²⁾ nicht etwa die Bedeutung von erheblich oder schwerwiegend, sondern es ist damit nur ein alsbald zu befriedigendes öffentliches Bedürfnis gemeint. Da ein öffentliches Bedürfnis idR auch ein alsbald zu befriedigendes Bedürfnis ist, hätte es des Zusatzes der "Dringlichkeit" nicht bedurft.³⁾ So verzichten § 11 bwGemO und § 19 heGemO zu Recht auf diesen Zusatz und verwenden nur den Begriff "öffentliches Bedürfnis", ohne daß damit hätte zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß in diesen beiden Vorschriften gegenüber § 18 DGO und den entsprechenden Vorschriften der heute geltenden Ländergemeindeordnungen, die auf die "Dringlichkeit" des öffentlichen Bedürfnisses bzw. auf das Erfordernis "aus Gründen des öffentlichen Wohls" abstellen,⁴⁾ geringere Anforderungen gestellt werden.⁵⁾ Daß die den A- und B-Zwang regeln-

"sollen von den ihnen in § 18 DGO gegebenen Befugnissen nur Gebrauch machen, wenn dies namentlich aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder sonst aus gesundheitlichen Gründen unabweisbar geboten ist."

- 1) VGH Freiburg v.26.3.1953 DVB1 1953, 638; SONNTAG, Rechtsprechung, Gemeinde 1957, 114 mit weiteren Nachweisen
- 2) s.a. § 20 bremhVf; § 22 rhpfGemO; § 17 schlhGemO
- 3) KUNZE-SCHMID, Komm.z.bwGemO Anm. 2 c zu § 11 und bwVGH v. 9.12.1958 -3 K 20/58- BestGew 1959, 35
- 4) vgl. in § 20 bremhVf, § 22 rhpfGemO und § 17 schlhGemO den Zusatz "dringend" und in Art. 24 bayGemO den Begriff "aus Gründen des öffentlichen Wohls"
- 5) wie Anm. 3

den Bestimmungen der westdeutschen Ländergemeindeordnungen - trotz ihrer teilweise wörtlichen Verschiedenheiten - die gleichen materiellen Voraussetzungen haben, ergibt sich einmal daraus, daß sie alle auf § 18 DGO zurückgehen und zum anderen, daß sie neben der "unabweisbaren" volksgesundheitlichen Maßnahme alle ein alsbald zu befriedigendes öffentliches Interesse verlangen, sei es bezeichnet als "dringendes öffentliches Bedürfnis", als "öffentliches Bedürfnis" oder als "öffentliches Wohl". Weder der "Grad" dieses öffentlichen Interesses ist unterschiedlich geregelt, noch das Sachgebiet, die räumlich oder sachlich bestimmte Gesamtheit, auf die es sich bezieht.¹⁾ Dies gilt insbes. auch für § 11 bwGemO, Art. 24 bayGemO und § 8 ndsGemO, die als weitere Einrichtungen (Sachgebiete) des A- und B-Zwangs solche des Bestattungswesens nennen. Aus der Tatsache, daß die Einrichtungen des Bestattungswesens in den den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der anderen westdeutschen Ländergemeindeordnungen nicht ausdrücklich aufgeführt sind, kann nicht gefolgert werden, daß in § 11 bwGemO, Art. 24 bayGemO und § 8 ndsGemO das Sachgebiet des A- und B-Zwangs einen größeren Umfang besitzt. Denn in allen den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeordnungen haben die Gesetzgeber durch den Gebrauch der Generalklausel, "und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen" klargestellt, daß auch andere als die ausdrücklich genannten Einrichtungen - falls sie nur der Volksgesundheit dienen - Gegenstand eines A- und B-Zwangs sein können.²⁾

1) s.a. bayVGH v.13.11.1953 E 7, 24(26)

2) zu den Einrichtungen des Bestattungswesens vgl. im einzelnen unten S.70ff.

In diesem Zusammenhang bedarf noch weiterhin die streitige Frage einer Erörterung, ob das "dringende öffentliche Bedürfnis" ein unbestimmter Gesetzesbegriff ist¹⁾, d.h..verwaltungsgerichtlich überprüfbar, oder nur ein gesetzgebender Ermessenssatz²⁾, der der richterlichen Kontrolle nicht unterliegt.

Nach der Meinung des OVG Münster hat das "dringende öffentliche Bedürfnis" keine andere Bedeutung "als die eines Hinweises an den Rat der Gemeinde, bei der Einführung des B-Zwangs die örtlichen Verhältnisse und Besonderheiten sorgfältig zu berücksichtigen." Vor allem aber spreche hierfür, daß es an jedem Erfahrungssatz oder sonstigem Maßstabe fehle, nach dem das "dringende öffentliche Bedürfnis" i.S. des § 19 nwGemO mit der für eine gerichtliche Entscheidung notwendigen Voraussehbarkeit von den Verwaltungsgerichten bejaht oder verneint werden könne. Es handele sich daher bei dieser Prüfung nicht um die Unterordnung eines Sachverhaltes unter gesetzliche Tatbestandsmerkmale, also nicht um die Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs, sondern um eine Frage der Rechtspolitik und des gesetzgeberischen Ermessens. Ob ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" für den Erlass der Satzung besteht, sei deshalb keine Angelegenheit der Rechtsprechung, sondern der zur Gesetzgebung berufenen Stellen, hier also des Rates der Gemeinde und der Aufsichtsbehörde³⁾.

1) so WOLFF, VwR I § 31 I; SONNTAG, Rechtsprechung, Gemeinde 1958, 114; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 867; W.HURST, Bedürfnis Gemeinde 1959, 58ff; s.a. bayVGh v.30.7.1954 DVBl 1954, 748 u. v. 1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentl.; LVG Köln v. 12.3.1958 - 3 K 274/57 - nicht veröffentl.; bwVGh v. 9.12.1958 BestGew 1959, 35

2) so, soweit ersichtlich, nur OVG Münster v. 8.8.1956 E 11, 196 u. 5.11.1958 E 14, 170 - Zustimmend, DAVID, Diss. Sitzungsgewalt S. 124 ohne weitere Begr.

3) wie Anm. 2)

Dieser Ansicht wäre zuzustimmen, wenn die Entscheidung über das Vorliegen eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses" dem alleinigen (freien) Ermessen der Gemeinden anheimgestellt wäre.

Es liegt zwar im freien Ermessen der Gemeinden, ob sie - solange keine Gefahr besteht - überhaupt eine Einrichtung des A- und B-Zwangs schaffen wollen.¹⁾

Wenn sich der Gemeinderat jedoch über diese Ermessensentscheidung des "Ob" der Schaffung der Einrichtung schlüssig geworden ist, hat er zusätzlich zu prüfen, ob ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" den Zwang rechtfertigt²⁾, d.h. ob im konkreten Falle die Kommunalisierung zum Schutze der Volksgesundheit zwingend geboten ist, oder ob nicht andere in privater Hand befindliche, zur allgemeinen Benutzung zur Verfügung gestellte und - vom Standpunkt der Volksgesundheit aus gesehen - einwandfreie Einrichtungen das allgemeine Gebrauchsbedürfnis der Gemeindeeinschwohner zu befriedigen in der Lage sind. Die Entscheidung über diese Frage kann keine des Ermessens sein; das "dringende öffentliche Bedürfnis" kann nicht als bloßer "Hinweis an den Rat der Gemeinde, die örtlichen Verhältnisse und Besonderheiten sorgfältig zu berücksichtigen", gedeutet werden.

Gegen diese Ansicht des OVG Münster spricht schon entscheidend der Umstand, daß die Aufsichtsbehörde³⁾ die Satzung über den A- und B-Zwang genehmigen muß, also auch darüber zu entscheiden hat, ob ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" den Zwang in der Gemeinde rechtfertigt. Gerade das gesetzliche Erfor-

1) vgl. z.B. in § 19 nwGemO die Formulierung: "Die Gemeinden können ..."; s.a. WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 31 II b S. 143

2) vgl. in § 19 nwGemO die weitere Formulierung:
" ... bei dringendem öffentlichem Bedürfnis ... "

3) s. dazu oben S. 24f

dernis der Genehmigung der Aufsichtsbehörde zeigt, daß die Gemeinde das Vorliegen eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses" nicht allein nach freiem Ermessen und unabhängig beurteilen darf. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist deshalb ein Indiz für die Annahme, daß das "dringende öffentliche Bedürfnis" ein unbestimmter Gesetzesbegriff ist.

Auch die weitere Argumentation des OVG Münster, daß es den Verwaltungsgerichten "an jeglichem Erfahrungssatz oder sonstigem Maßstabe" fehle, nach denen sie das "dringende öffentliche Bedürfnis" mit der für eine gerichtliche Entscheidung notwendigen Voraussehbarkeit bejahen oder verneinen könnten, ist wenig überzeugend. Aus den Gründen, die von den streitenden Parteien vor Gericht für und gegen die Einführung des A- und B-Zwangs geltend gemacht werden, können die Verwaltungsgerichte sehr wohl feststellen, - notfalls mit Hilfe von Sachverständigen¹⁾ - ob tatsächlich in der Gemeinde "ein dringendes öffentliches Bedürfnis" für den Zwang vorhanden ist oder nicht. Mit der gleichen Argumentation könnte man den Aufsichtsbehörden eine Kontrolle über die Gemeinden absprechen, weil auch sie - außer in den Fällen, in denen sie ihren Sitz in der um Genehmigung nachsuchenden Gemeinde haben - nicht besser und schlechter die örtlichen Verhältnisse einer Gemeinde zu beurteilen in der Lage sein dürften, als die zuständigen Verwaltungsgerichte.

Sähe man das "dringende öffentliche Bedürfnis" mit dem OVG Münster als nichtjudikabel an, so könnten Gemeinden, denen die Aufsichtsbehörde die Genehmigung der Satzung mit der Begründung versagt hat, daß ein

1) BVfG v. 11. 6. 1958 E 7, 377 (412)

"dringendes öffentliches Bedürfnis" für den Zwang nicht vorliege, niemals mehr mit Erfolg vor den Verwaltungsgerichten klagen. Die Klage gegen die Aufsichtsbehörde wäre wohl zulässig (§ 112 nwGemO), da die Versagung der Genehmigung eine "Maßnahme" der Aufsichtsbehörde darstellt i.S. von § 112 nwGemO, sie wäre jedoch immer unbegründet, da Klagegegenstand die Frage ist, ob die Aufsichtsbehörde zu Recht das Vorliegen eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses" verneint hat, diese Frage nach der vom OVG Münster vertretenen Meinung jedoch gerade nicht von den Verwaltungsgerichten nachprüfbar ist. Die Konsequenz liegt auf der Hand: Den Gemeinden würde praktisch der Rechtsmittelweg genommen und die Aufsichtsbehörden hätten letzten Endes allein darüber zu entscheiden, wann ein A- und B-Zwang angeordnet werden darf oder nicht. Dies bedeutet aber einen unzulässigen Eingriff in das den Gemeinden gem. Art. 28 II GG garantierte Selbstverwaltungsrecht.

Nach alledem ist die Ansicht des OVG Münster abzulehnen und mit der herrschenden Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung festzustellen: Das "dringende öffentliche Bedürfnis" ist ein objektiv bestimmbarer unbestimmter Gesetzesbegriff, der einen cognitiv auszulegenden "Tatsachen-, Interessen- oder Wertbereich charakterisiert"¹⁾ und der der richterlichen Kontrolle insoweit unterliegt, als nicht der eigene "Beurteilungsspielraum"²⁾ der Gemeinden (deren besondere Fachkenntnisse und Erfahrung) in Frage

1) WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 31 I c) S. 140

2) s.dazu WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 31 I c) mit weiteren Nachweisen

steht¹⁾. Leugnete man diesen eigenen kontrollfreien "Beurteilungsspielraum" der Gemeinden für die Einführung des Zwangs²⁾, so würde "die vom Gesetzgeber gewollte und ausgedrückte Unbestimmtheit des Begriffes in eine Bestimmtheit verfälscht"³⁾.

Den Verwaltungsgerichten verbleibt somit nur die Prüfung, ob die Bejahung des "dringenden öffentlichen Bedürfnisses" im konkreten Fall seitens des Gemeinderates durch den Sachverhalt und verständige Erwägungen gerechtfertigt ("vertretbar") ist, d.h. "ob der konkrete Sachverhalt dem Sinnbereich des gesetzlichen Typus unterfällt".⁴⁾

IV. Kapitel: Die mit dem Rechtsinstitut zusammenhängenden Probleme

§ 9 "Der A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer"

Um sich die Erfahrung und Initiative des privaten Gewerbes nutzbar zu machen, lassen Gemeinden oftmals anschluß- und benutzungspflichtige Einrichtungen (insbes. solche der Müll- und Fäkalienabfuhr, des Bestattungswesens⁵⁾, der Straßenreinigung sowie Wasserleitungen) von privaten Unternehmern betreiben.⁶⁾

- 1) Im Ergebnis ebenso die oben S. 51 Anm.1 zit.Lit.; das gleiche gilt für den Begriff "aus Gründen des öffentlichen Wohls" i.S. von Art. 24 bayGemO.
- 2) so KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 68; s.a. FORSTHOFF, VwR I 8.Aufl. S. 79 Anm.4
- 3) WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 31 I c); s.a. heVG v. 30.5. 1960 DsV 1961, 394: "Es liegt im Wesen der sogen. unbestimmten Gesetzesbegriffe als normative Begriffe, daß sie schon von der Behörde eine Wertung verlangen; zumindest gewähren sie einen 'Beurteilungsspielraum' oder enthalten sie neben einem festen 'Begriffskern' einen 'Begriffshof', in dem verschiedene Wertungen rechtlich möglich sind."
- 4) WOLFF, VwR I 4. Aufl. § 31 I c) S. 140
- 5) vgl. hierzu aber unten S. 70ff
- 6) vgl.z.B. § 1 II des Ortsgesetzes der Stadt Münster/W. v.17.11.1949 betr. die Überführung von Leichen (ABl Nr. 21 der Stadt Münster/W. 1958/166) wo es heißt: "Die Stadt ist berechtigt, diese Aufgabe (Leichenüberführung) dem Leichenbestattungsgewerbe zu übertragen, das sich eigener Leichenwagen bedienen kann." s.a.K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 837 mit weiteren Nachweisen

Die DGO und die heute geltenden westdeutschen Ländergemeindeordnungen enthalten zwar keine ausdrückliche Bestimmung, die die Gemeinden ermächtigt, sich für die Durchführung des A- und B-Zwangs privater Unternehmer zu bedienen. Der Gesetzgeber der DGO hatte jedoch hieran gedacht und in der Amtl.Begr. zu § 18 DGO darauf hingewiesen, "daß die in § 18 DGO genannten Einrichtungen nicht notwendig im Eigentum der Gemeinde stehen müssen. Es genügt vielmehr, daß die Gemeinde sich auf derartige Einrichtungen im Wege des Vertrages oder sonstwie soweit Einfluß verschafft, daß ein allgemeines Benutzungsrecht der Einwohner zu angemessenen Bedingungen gesichert ist!"¹

Läßt eine Gemeinde eine anschluß- und benutzungspflichtige Einrichtung von einem privaten Unternehmer betreiben, so ergeben sich für die Gemeindebewohner folgende Fragen: Mit wem treten sie in Rechtsbeziehungen? Gegen wen haben sie einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Benutzung der Einrichtung? Wer erläßt Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung der Gebote und Verbote der Satzung, die Gemeinde oder der private Unternehmer? Die Beantwortung die-

- 1) zit.nach SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S.307; ähnliche Formulierungen enthalten: § 2 I heMustersatzung über die Straßenreinigung v.27.5.1950 (Gemeindetag 1950, 192) sowie § 1 IV (b) nwMustersatzung über die Entwässerung der Grundstücke und den Anschluß an die gemeindlichen Abwasseranlagen v.30.3.1951 (MBlNW 485); § 2 I heMustersatzung lautet: "Die Gemeinde stellt zur Durchführung der Straßenreinigung das von ihr zu diesem Zwecke in eigener Regie betriebene oder durch Vertrag verpflichtete Unternehmen als öffentliche Einrichtung (öffentl.Straßenreinigungsanstalt) zur Verfügung." § 1 IV (b) nwMustersatzung hat den Wortlaut: "Zu den Abwasseranlagen gehören auch Anlagen und Einrichtungen, die nicht von der Gemeinde selbst, sondern von Dritten hergestellt und unterhalten werden, wenn sich die Gemeinde zur Durchführung der grundstücksentwässerung dieser Anlagen und Einrichtungen bedient und zu ihrer Unterhaltung beiträgt."

ser Fragen richtet sich danach, ob beim A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer diese im fremden oder eigenen Namen tätig werden.

Die nahezu einhellige Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft sieht den A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer nur dann als zulässig an, wenn nur die Gemeinde und nicht der private Unternehmer zu den Gemeindebewohnern in Rechtsbeziehungen tritt, der private Unternehmer also - je nach Ausgestaltung seiner Rechtsbeziehungen zu der Gemeinde - als "Beauftragter", "Bediensteter" oder "Erfüllungsgehilfe" der Gemeinde in deren Namen tätig wird.¹⁾ Denn für ein Tätigwerden des privaten Unternehmers im eigenen Namen fehle es an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage. Insbesondere fehle es an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage, die die Gemeinden ermächtige, dem privaten Unternehmer einen "Kontrahierungszwang" als Korrelat des A- und B-Zwangs²⁾ aufzuerlegen.³⁾

Anderer Ansicht sind, soweit ersichtlich, nur KUNZ-GUBA-THEISSIG⁴⁾ und JAEKEL⁵⁾. KUNZ-GUBA-THEISSIG

1) so schon prOVG v.1.4.1896 E 29, 58; v.26.4.1897 E 32, 295(298); v.16.6.1897 E 32, 302(306) und v.17.12.1929 PrVB1 51, 118; ebenso KG v.8.6.1911 KGJ 41, 427; s.a.: VGH Freiburg v.26.3.1953 DVBl 1953, 635(636); VwG Darmstadt v.11.7.1957 - IV 336/57 - nicht veröffentl. Im Schrifttum vgl.: SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.I S. 282(307); SCHATTENFROH, Komm.z.DGO S. 78; KERRL-WEIDEMANN, Komm.z.DGO S. 207; ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm.z.DGO S. 79f; HARTMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 59; HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 29; DOMS, Öffentliche Einrichtungen S. 18; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 396; GÖBEL, Komm.z.bwGemO S. 52; FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S.10; v.KORNATZKI, Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S.22ff und 54ff; KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 77f, 82, 93;

2) vgl. hierzu oben S. 42ff

3) so insbes. v.KORNATZKI, S. 22ff

4) Komm.z.DGO S. 202

5) Recht DJZ 1936, 1013

meinen ohne nähere Begründung, daß der private Unternehmer "auch auf Grund der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens ('Konzession') als Beauftragter der Gemeinde, aber für eigene Rechnung "tätig werden könne und dann unmittelbar mit den Gemeindebewohnern in Rechtsbeziehungen trete.¹⁾ JAEKEL ist der Ansicht, daß der Gesetzgeber der DGO die Gemeinden zwar nicht ausdrücklich ermächtigt habe, dem Unternehmer einen Kontrahierungszwang aufzuerlegen, doch müsse, wenn § 18 DGO den Gemeinden die Befugnis zur Einführung des A- und B-Zwangs gegeben habe, in sinnvoller Auslegung dieser Bestimmung i.Vb.m. § 2 II und § 3 DGO darin auch die Ermächtigung gesehen werden, das notwendige Korrelat des A- und B-Zwangs in den Fällen anordnen zu können, in denen § 17 DGO nicht ausreiche.²⁾

Der herrschenden Meinung, die den "A- und B-Zwang zu - gunsten privater Unternehmer" nur dann bejaht, wenn diese im Namen der Gemeinde tätig werden, ist

-
- 1) Unklar ist die Meinung von K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 837, der zunächst feststellt, daß die Einrichtung des Privaten (Wasserwerks-AG) der Gemeinde derart zur Verfügung stehen müsse, daß sie ihre Benutzung kraft öffentlichen Rechts in gleicher Weise wie die ihrer eigenen Einrichtungen den Einwohnern zu gewähren vermöge und auch gewähre. Sodann sagt HURST: "Die Einwohner haben dann einen öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch gegen die Gemeinde und gleichzeitig (?) einen privatrechtlichen Anspruch gegen die AG, sie an ihr Versorgungsnetz anzuschließen (Kontrahierungszwang)". Diese beiden Sätze widersprechen sich, denn wenn nur die Gemeinde den Einwohnern die Benutzung der Einrichtung "gewähren", d.h. zu jenen in Rechtsbeziehung treten soll, dann können keine Rechtsbeziehungen mehr zwischen dem privaten Unternehmer und den Gemeindebewohnern bestehen, insbes. kann der Private jenen gegenüber nicht einem Kontrahierungszwang unterliegen.
- 2) JAEKEL, Recht DJZ 1936, 1013 - § 17 I DGO lautet: "Die Einwohner sind nach den hierüber bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen..."

zu folgen. Wären die Gemeinden befugt, die privaten Unternehmer im Wege der "Verleihung einer Konzession" mit der Durchführung des A- und B-Zwangs im eigenen Namen zu betrauen, wie KUNZ-GUBA-THEISSIG meinen¹⁾, so würden die privaten Unternehmer zu "Beliehenen", d.h. zu "(natürlichen oder juristischen) Personen des Privatrechts, denen durch Rechtssatz oder Staatsakt öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten zur Ausübung im eigenen Namen übertragen worden sind".²⁾

Doch selbst wenn man die noch heute bekämpfte und noch nicht hinreichend geklärte Rechtsfigur des "Beliehenen" bejaht³⁾, scheitert die Durchführung des A- und B-Zwangs durch "Beleihung" eines privaten Unternehmers an der fehlenden gesetzlichen Rechtsgrundlage, einem Erfordernis, das sich zwingend aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergibt, und das von allen Verfechtern der "Beleihung" als wesentliche Tatbestandsvoraussetzung angesehen wird.⁴⁾

Eine Rechtsgrundlage für eine "Beleihung" der privaten Unternehmer kann weder in der Amtl.Begründung zu § 18 DGO⁵⁾ noch wie JAEKEL⁶⁾ meint, in sinnvoller Auslegung

1) Komm.z.DGO S. 202

2) so die Def. BRANDS, Diss.Rechtsstellung S. 107 in Anlehnung an die Definitionen von WOLFF, Unterschied AöR 76, 209 und MENDER, Stellung AöR 78, 160 - "Beliehene" sind z.B. nach WOLFF, VwR I 4.Aufl. § 4 I a) S. 21 die Schiffkapitäne und Notare.

3) vgl. zu dem Streit der Meinungen etwa: IPSEN, Indienstnahme S. 142, 151; die Nachweise bei K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 851, sowie insbes. REUSS, Organisation S. 129ff und STERN, Problematik AöR 84, 138 (153ff)

4) vgl. etwa: HUBER, WirtschaftsVwR I S. 537; BRAND, Diss.Rechtsstellung S. 107; K.HURST S. 852 sowie bayVfGH v. 16.3.1960 - Vf 26 VI 59 - WM 1960, 709

5) vgl. oben S. 55

6) Recht DJZ 1936, 1013

der §§ 2 III, 3, 17, 18 DGO erblickt werden, sondern muß - im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung - ausdrücklich in f o r m e l l e n Gesetzen (hier im Gemeinderecht) enthalten sein, was indes nicht der Fall ist. Die Satzung des A- und B-Zwangs als nur m a t e r i e l l e r Rechtssatz kann nicht als Rechtsgrundlage angesehen werden, da sich die Gemeinden sonst mit der Satzung - wenn sie in ihr eine "Beleihung" der privaten Unternehmer ausprechen - selbst eine Rechtsgrundlage verschaffen könnten. So weit geht ihr Selbstverwaltungsrecht jedoch nicht, wie sich schon aus Art. 28 II GG "im Rahmen der Gesetze" ergibt. Sieht das Gemeinderecht keine ausdrückliche Ermächtigung für eine "Beleihung" vor, so können sich die Gemeinden nicht selbst eine solche verschaffen.¹⁾

Man könnte weiterhin daran denken, die privaten Unternehmer durch Schaffung eines "Privilegs"²⁾ derart zu verpflichten, daß sie die Einrichtung des A- und B-Zwangs im eigenen Namen privatrechtlich betreiben und das Benutzungsentgelt auf Grund eines von der Gemeinde gebilligten Tarifs als privatrechtliche Forderung ver-

1) ebenso KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 78

2) s. die Def. HUBERs, WirtschaftsVwR I S. 548: "Ein Privileg ist eine öffentlich-rechtliche Befugnis, kraft deren ein beliehener Unternehmer zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit berechtigt ist, die ihrer Substanz nach durch Regal dem Staat vorbehalten, die aber durch staatlichen Verleihungsakt zur Ausübung auf ein Privatrechtssubjekt übertragen ist." - Während HUBER die "Privilegien" wegen ihrer Ableitung aus öffentlich-rechtlichen "Regalien" dem öffentlichen Recht unterstellt (s.S.548), bezeichnet WOLFF VwR I 4. Aufl. § 23 II 3 S. 87 "Regalien" als öffentlich-rechtliche Ausschließlichkeitsrechte des Staates, die heute den Privatrechten zugeordnet werden", womit er offensichtlich auch die "Privilegien" dem Privatrecht unterstellt.

langen. Eine solche Regelung ist den Gemeinden jedoch auch verwehrt, da nach hier vertretener Ansicht die Einrichtungen des A- und B-Zwangs ausschließlich öffentlich-rechtlich und niemals privatrechtlich betrieben werden dürfen.¹⁾

Wie bereits erörtert, sind die Gemeinden bei Schaffung anschluß- und benutzungspflichtiger Einrichtungen nicht frei in der Wahl der Organisationsform, wie z.B. gem. § 2 EnergiewirtschaftsG²⁾ für die Errichtung und Unterhaltung von Energieversorgungsunternehmen (Gas und Elektrizität), wo ihnen die Wahl offensteht zwischen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, zwischen gemeindlichem Eigenbetrieb, Eigengesellschaft, Beteiligung an einer juristischen Person des Privatrechts (AG, GmbH)³⁾ oder "Beleihung" privater Unternehmer⁴⁾. Beim A- und B-Zwang muß dieses Wahlrecht entfallen, denn der Gemeindebewohner, dem mit der Anordnung des Zwangs jegliche anderweitige Versorgungsmöglichkeit abgeschnitten wird - im Gegensatz zur Energieversorgung, wo kein B-Zwang besteht und er seinen Bedarf nach Belieben (auch anderswo) decken kann -, darf nicht, wie es § 6 EnergiewirtschaftsG für die Energieversorgung vorsieht, mit seinen Ansprüchen an das wie auch immer organisierte und von wem auch immer betriebene Unternehmen verwiesen werden. Sein Benutzungs-

1) vgl. oben S. 32ff; - Folgte man der Ansicht HUBERS, WirtschaftsVwR I S. 548, so scheiterte die Schaffung eines "Privilegs" für die privaten Unternehmer schon deshalb, weil nach seiner Meinung ein "Privileg" immer eine "Beleihung" voraussetzt, wozu es den Gemeinden jedoch an einer gesetzlichen Ermächtigung fehlt.

2) Sartorius 32

3) s.dazu PAGENKOPF, Einführung S. 159ff

4) vgl. STERN, Problematik AöR 84, 138 (153ff); s.a. KOTTGEN, Daseinsvorsorge S. 83

anspruch als notwendiges Korrelat des A- und B-Zwangs¹⁾ ist nur dann hinreichend gesichert, wenn nicht ein Dritter, sondern ausschließlich die Gemeinde allein die öffentlich-rechtliche Verantwortung trägt und zu ihm in unmittelbare öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen tritt.²⁾ Diese öffentlich-rechtliche Verantwortung können die Gemeinden durch keinerlei Übertragungsakt (weder durch "Beleihung" noch durch "Privileg", "Konzession" oder sonstwie) zur Ausübung kraft eigenen Namens auf private Unternehmer abwälzen, zumal keine gesetzliche Grundlage dafür besteht.³⁾

Den Gemeinden ist es daher lediglich gestattet, die privaten Unternehmer durch Vertrag (Dienstvertrag, Auftrag oder dergl.)⁴⁾ derart zu verpflichten, daß sie nur im Namen der Gemeinde, unter deren Kontrolle und Weisung - je nach Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen - als "Erfüllungsgehilfen", "Bedienstete" oder "Beauftragte" der Gemeinde in den tatsächlichen

1) vgl. oben S. 42a ff

2) ebenso KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S. 77f, 82, 93; der zusätzlich unterstreicht, daß die Übertragung von gemeindlichen "Verwaltungsmonopolen" (s. dazu unten S. 60b ff) auf Dritte zur Ausübung im eigenen Namen einen Mißbrauch und eine Zweckentfremdung des Monopols bedeuten. - Wie wenig qualifiziert im übrigen das Recht der Gemeindeglieder auf Benutzung der Energieversorgungsunternehmen im Vergleich zu ihrem Recht auf Benutzung der Einrichtungen des A- und B-Zwangs ist, beweist § 6 III EnergiewirtschaftsG, wonach Selbstversorger nur ein eingeschränktes Versorgungsrecht besitzen. Die Rechtslage ist eben dort eine völlig andere.

3) im Ergebnis ebenso die oben S. 56 Anm. 1 zit. Lit.

4) vgl. Amtl. Begr. zu § 18 DGO sowie die oben S. 55 Anm. 1 zit. Vorschriften der hMustersatzung über die Straßenreinigung und der nMustersatzung über die Entwässerung.

(technischen) Vollzug des A- und B-Zwangs eingeschaltet werden, so daß nur die Gemeinde in Rechtsbeziehungen zu den Gemeindebewohnern tritt¹⁾.

§ 10 Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zu öffentlich-rechtlichen Monopolen.

Da die einen A- und B-Zwang anordnende gemeindliche Satzung für die Gemeindebewohner einerseits das Gebot enthält, nur die zur Verfügung gestellte gemeindliche Einrichtung zu benutzen, und andererseits das Verbot, sich anderer (eigener oder fremder) Einrichtungen zu bedienen, wird für die den A- und B-Zwang anordnende Gemeinde jeweils ein Monopol begründet.

Der Rechtscharakter dieser Monopolstellung, auch bei einem "A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer", soll im folgenden erörtert werden.

Nach ihrem Entstehungsgrund unterscheidet man zwei Hauptgruppen von Monopolen, die rechtlichen und die faktischen Monopole. Ein rechtliches Monopol ist die auf Rechtssatz gestützte ausschließliche Berechtigung, eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Gut anzubieten.²⁾ Das faktische Monopol wird bestimmt durch die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse.³⁾

- 1) Angesichts dieses Ergebnisses muß eingeräumt werden, daß die eingangs (S.54a) gewählte Formulierung: "A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer" ungenau erscheint, da zu ihren Gunsten ja kein A- und B-Zwang im Rechtssinne zulässig ist. Da die privaten Unternehmer jedoch in den tatsächlichen (technischen) Vollzug des A- und B-Zwangs eingeschaltet werden - anderenfalls würde ihnen die Gewerbeausübung schlechthin verboten - besteht "zu ihren Gunsten" ein A- und B-Zwang im tatsächlichen Sinne. Nur in diesem Sinne soll daher die Formulierung: "A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer" verstanden werden.
- 2) In Anlehnung an SCHENK, Diss.Monopolstellung S. 7 und DREYER, Diss.Gemeindemonopol S. 22
- 3) z.B. einziger Fleischer oder Bäcker in abgelegnem Gebirgsdorf, vgl. NIPPERDEY, Kontrahierungszwang S. 52

Wendet man diese Definitionen auf die den A- und B-Zwang anordnende Gemeinde an, so ergibt sich folgendes:

Durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs wird für die betreffende Gemeinde jeweils ein rechtliches Monopol (Angebotsmonopol) geschaffen, und zwar ist die ordnungsgemäß beschlossene, genehmigte und verkündete Satzung der Rechtssatz, der für die Gemeinde die ausschließliche Berechtigung begründet, eine bestimmte Leistung (Wasser, Kanalisation usw.) anzubieten.¹⁾

Da dieses rechtliche Gemeindemonopol seine Rechtsgrundlage in einem öffentlich-rechtlichen Rechtssatz (Satzung) hat und von Rechtssubjekten öffentlicher Verwaltung ausgeübt wird, handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Verwaltungsmonopol.²⁾

In der Wissenschaft wird gleichwohl verschiedentlich die Meinung vertreten, daß Gemeinden mit der Anordnung eines A- und B-Zwangs nur ein faktisches Monopol begründeten; denn ein rechtliches Monopol müsse dem kommunalen Rechtsträger durch die staatsunmittelbare Verwaltung ausdrücklich zugewiesen worden sein; da in Bezug auf die unter § 18 DGO und die nunmehr geltenden entsprechenden Vorschriften der Ländergemeindeordnungen fallenden Einrichtungen eine solche Zuwei-

1) so hM vgl. etwa: JELLINEK, VwR 1928 S. 386; SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.II S. 137; ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm.z.DGO S. 223; DREYER, Diss. Gemeindemonopol S. 22; MUNTZKE-SCHLEMP, Komm.z. heGemO S. 900 Ziff.II; van AUBEL, Monopolbetriebe S. 43; SUREN, Gemeindewirtschaftsrecht S. 310

2) RINGS, Verwaltungsmonopole NJW 1957, 657; BACHOF, Freiheit S. 202 Anm.173; BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht S. 82; - öffentlich-rechtliche Monopole sind weiterhin die Finanzmonopole (Art. 105 I, 106 I, 108 I GG) - über die mannigfachen Arten von Monopolen und monopolähnlichen Stellungen vgl. HUBER, WirtschaftsVwR I S. 64f; 160f; 479ff

sung nicht ausdrücklich erfolgt sei, könne hier nur von einem faktischen Monopol die Rede sein.¹⁾

Diese Ansicht geht fehl, denn die den Gemeinden durch Gesetz (den Ländergemeindeordnungen) eingeräumte Ermächtigung, einen rechtlichen B-Zwang anzuordnen, beinhaltet incidenter zugleich die Befugnis der Gemeinden, ein rechtliches Monopol zu begründen, d.h. die Befugnis, Dritte von jeder Konkurrenzbildung auszuschließen. Ein rechtlicher B-Zwang kann deshalb nur ein rechtliches Monopol erzeugen und nicht, wie FRITZ²⁾ meint, nur ein faktisches, bei dem gerade die dem rechtlichen Monopol wesensmäßige Ausschlussbefugnis Dritter fehlt.³⁾

Als Ergebnis ist somit festzustellen: Mit der Anordnung eines A- und B-Zwangs wird jeweils für die betreffende Gemeinde ein rechtliches Verwaltungsmonopol

- 1) so FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 10; ebenso SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 129; s.a.FLEINER, Institutionen 1928 S. 319 Anm 5a, der das durch A- und B-Zwang geschaffene Monopol als "Reflexwirkung einer von dem betreffenden Betriebe juristisch unabhängigen Anordnung" bezeichnet und es deshalb als nur faktisches Monopol ansieht.
- 2) Diss.A-u.B-Zwang S. 11
- 3) vgl.DREYER, Diss.Gemeindemonopol S. 23, der als Beispiel für ein faktisches Gemeindemonopol eine gemeindliche Mietbücherei anführt, "die, besser und billiger, den Betrieb einer privaten Mietbücherei tatsächlich unmöglich macht." - Zu welch' rechtsirrigen Ergebnissen die Ansicht von dem nur faktischen Charakter des Gemeindemonopols führt, zeigt sich bei FRITZ S. 104 und SCHEIDEMANTEL S.28 (31), die die durch einen A- und B-Zwang betroffenen Gewerbetreibenden (Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer) als nur "mittelbar Betroffene" und als "Nichtpflichtige" hinsichtlich des gemeindlichen Zwangs ansehen, da die Satzung wegen des faktischen Monopols sie nicht rechtlich und unmittelbar, sondern nur faktisch und mittelbar berühre und ihnen nur tatsächlich den Kundenstamm entziehe; vgl. hierzu unten S. 111 Anm. 2

derart begründet, daß-nur sie berechtigt ist, die in der Satzung ausgesprochene Leistung (Wasser, Kanalisation) anzubieten. Bei dem "A- und B-Zwang zugunsten privater Unternehmer"¹⁾ gilt nichts anderes; auch hier besitzt nur die Gemeinde, nicht jedoch der private Unternehmer ein rechtliches Monopol, da dieser lediglich im Namen der Gemeinde, gleichsam als deren Repräsentant, tätig wird und insoweit aus dem Bereiche selbständiger gewerblicher Tätigkeit ausgeschieden ist.²⁾

§ 11 Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zu den wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen

Die DGO unterschied in § 67 zwischen wirtschaftlichen (§ 67 I DGO) und nicht-wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen (§ 67 II DGO).³⁾

1) vgl. hierzu oben S. 54ff

2) VGH Freiburg v.26.3.1953 DVBl 1953, 635(637); BACHOF, Freiheit S. 206; v.KORNATZKI, Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S. 45f mit weiteren Nachweisen.

3) § 67 I und II DGO lauten:

- "I. Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn
1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
 2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
 3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.
- II. Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnittes sind nicht
1. Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
 2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten". -

s. Forts.der Ann. S.64

Um festzustellen, ob die Einrichtungen des A- und B-Zwangs zu den wirtschaftlichen oder nicht-wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen zu zählen sind, ist von einer Definition des "wirtschaftlichen Unternehmens" auszugehen.

Eine gesetzliche Begriffsbestimmung des "wirtschaftlichen Unternehmens" gibt es weder in der DGO noch in den heute geltenden westdeutschen Ländergemeindeordnungen. Der Gesetzgeber der DGO habe es mit Absicht unterlassen, den Begriff des "wirtschaftlichen Unternehmens" festzulegen, da eine alle Fälle deckende Definition sich schwerlich finden ließe.¹⁾ In § 67 II 2 DGO (ebenso in den entsprechenden Bestimmungen der westdeutschen Ländergemeindeordnungen) ist lediglich negativ gesagt, welche Einrichtungen der Gemeinde n i c h t zu den "wirtschaftlichen Unternehmen" zu zählen sind. Es sind dies die Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege. Jedoch sind auch diese Unternehmen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten (§ 67 II 3 DGO).

vgl. die entspr. Vorschriften in den heute geltenden Ländergemeindeordnungen: § 69 nwGemO; § 85 bwGemO; Art. 75 bayGemO; §§ 58-62 bremhVf; § 98 heGemO; § 89 ndsGemO; § 77 rhpfGemO; § 82 schlhGemO; - auf diese teils unterschiedlichen Bestimmungen soll nicht näher eingegangen werden, da hier nur untersucht werden soll, ob die Einrichtungen des A- und B-Zwangs wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Gemeindeunternehmen sind. Zu den unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Ländergemeindeordnungen vgl.: BLAUM, Wirtschaftliche Unternehmen DVBl 1958, 668; ZEISS, Wirtschaftsrecht S. 651ff; SUREN, Gemeindevirtschaftsrecht S. 139ff

1) KÜCHENHOFF-BERGER, Komm.z.DGO S. 249

Nach der AusfAnw zu § 67 DGO "sind als wirtschaftliche Unternehmen solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde zu verstehen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können (z.B. Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe). Ausgenommen sind jedoch die in § 67 II DGO genannten Unternehmen."¹⁾

Geht man von einer Interpretation des Wortes "wirtschaftlich" (wirtschaften = Werte schaffen) aus, so ergibt sich in der Tat, daß für den Begriff "wirtschaftliches Unternehmen" grundsätzlich die Absicht der Gewinnerzielung und die Entgeltlichkeit der Leistung maßgeblich sein müssen.²⁾ Die Gewinnerzielungsabsicht darf jedoch nicht das einzige Ziel eines wirtschaftlichen Unternehmens sein, "vielmehr muß es sich bei der gemeindlichen Wirtschaft stets um Betätigungen handeln, die nach der ganzen Entwicklung und den herrschenden Anschauungen eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohnerschaft zum Gegenstand haben."³⁾

Wendet man diese Überlegungen auf die Einrichtungen des A- und B-Zwangs an, so ergibt sich folgendes:
Die Einrichtungen des A- und B-Zwangs sind keine

- 1) zit.nach SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd.II S.87
- 2) vgl.statt vieler:KOTTENBERG, Komm.z.nwGemO S. 95; s.a. § 76 I nwGemO, wonach wirtschaftliche Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen, soweit dies mit der Erfüllung des dringenden öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist.
- 3) so Amtl.Begr. Ziff. 1 a) zu § 67 DGO zit.nach SUREN-LOSCHOLDER S. 89; s.a. RdErl des nWiM v. 23.6.1953 (MBlNW 1047): "Über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in NW", zit.bei KOTTENBERG S. 139; vgl. auch KAUSMANN, Wirtschaften KomPolBl 1953, 536

wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen, da sie im Gegensatz zu jenen in erster Linie aus volksgesundheitlichen, nicht aus vornehmlich erwerbswirtschaftlichen (fiskalischen) Gründen errichtet werden dürfen.¹⁾ Sie gehören deshalb zu den Unternehmen, die § 67 II 2 DGO als nichtwirtschaftliche Unternehmen (als solche der "Gesundheits- und Wohlfahrtspflege") bezeichnet, die lediglich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (Rentabilität) zu verwalten sind.²⁾ In NW können beispielsweise die nichtwirtschaftlichen Gemeindeunternehmen nach den Vorschriften über die Eigenbetriebe³⁾ geführt werden (§§ 69 II 3, 74 ndGemO).⁴⁾

1) vgl. Oben S. 48

2) MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 872; RUBERG, Gemeindegewirtschaftsbetriebe S. 23; K.HUPST, Gemeindeeinrichtungen S. 838 (858); heVGH v.17.8.1951 DVBl 1951, 737; VGH Freiburg v.26.3.1953 DVBl 1953, 636; bayVfGH v.23.12.1957 DöV 1958, 216; s.a. FISCHERHOF, Daseinsvorsorge DöV 1960, 41(44), vgl. ferner Haushaltssatzung und Haushaltsplan der Stadt Münster/W. Rechnungsjahr 1958 S. 53ff., wo die Einrichtungen des A- und B-Zwangs unter dem Abschnitt "Öffentliche Einrichtungen und Wirtschaftsförderung" und nicht unter dem Abschnitt "Wirtschaftliche Unternehmen" ausgewiesen werden. - Soweit ersichtlich, ist nur SUREN, Gemeindegewirtschaftsrecht S. 142(150) anderer Meinung. Ohne Begr. mit Bezug auf die nicht veröffentl.Entsch. des OVG Münster v. 18.2.1953 - III A 1095/51 - zählt er die Einrichtungen des A- und B-Zwangs zu den wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen. - SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. II S. 93 sehen nur ein gemeindliches Wasserwerk mit A- und B-Zwang als wirtschaftliches Unternehmen an (ohne Begr.); im übrigen zählen sie jedoch die Einrichtungen des A- und B-Zwangs zu den nichtwirtschaftlichen Gemeindeunternehmen, vgl. S. 91.

3) vgl. nwEigenbetriebsVO v.22.12.1953 zit bei KOTTENBERG S. 142ff.; s.a. EigenbetriebsVO zur DGO v. 21. 11.1938 (RGrBl I 1650)

4) Entspr. gilt in: Bay, He und SchlH, vgl. hierzu ZEISS, Wirtschaftsrecht S. 650f. und SUREN, Gemeindegewirtschaftsrecht S. 163f.

Die Einrichtungen des A- und B-Zwangs unterscheiden sich also von den wirtschaftlichen Gemeindeunternehmen durch eine schwächere Betonung der Gewinnerzielungsabsicht, ihre vornehmlich soziale (volksgesundheitliche), nicht rein wirtschaftliche Zielsetzung und ihre organisatorische Ausgestaltung, falls sie nicht entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden.

T e i l II

Die Einrichtungen des A- und B-Zwangs

I. Kapitel: Die gesetzlich einheitlich genannten Einrichtungen

Die in allen den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeordnungen einheitlich genannten Einrichtungen sind die der Wasserleitung, Kanalisation, Müllabfuhr, Straßenreinigung und Schlachthöfe.¹⁾ Diese gesetzlich einheitlich genannten "klassischen" Einrichtungen des A- und B-Zwangs bedürfen keiner näheren Erörterung, da ihre Kommunalisierung durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs bzw. eines bloßen B-Zwangs (Schlachthöfe) allgemein anerkannt und unbestritten ist.²⁾

II. Kapitel: Die gesetzlich nicht einheitlich genannten "ähnlichen der Volksgesundheit dienenden" Einrichtungen

In § 11 bwGemO, Art. 24 bayGemO und § 8 ndsGemO sind neben den in allen westdeutschen Ländergemeindeordnungen einheitlich genannten Einrichtungen des A- und B-Zwangs zusätzlich Begräbnisplätze und Bestattungseinrichtungen aufgezählt. Art. 24 bayGemO nennt weiterhin ausdrücklich die Fäkalienabfuhr. Da die Einrichtungen des Bestattungswesens und der Fäkalienabfuhr nicht in den übrigen den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeordnungen genannt sind, fragt es sich, ob sie kommunalisierbar sind, d.h. ob sie den "klassischen" Einrich-

1) vgl. oben S. 2 Anm. 2

2) vgl. zu diesen Einrichtungen insbes.: FRITZ, Diss. A-u.B-Zwang S. 39ff; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 872ff; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 14ff; DRILLING, Aufgaben KomWirtsch 1959, 163ff; KOLKENBROCK, Entwicklung KomWirtsch 1959, 166ff

tungen des A- und B-Zwangs "ähnliche der Volksgesundheit dienende" Einrichtungen¹⁾ sind. Als kommunalisierbare der Volksgesundheit dienende Einrichtung kommt weiterhin die Tierkörperbeseitigung in Betracht.

§ 12 Die Fäkalienabfuhr

Fäkalien sind die organischen Exkremente des menschlichen Körpers. Die Fäkalienabfuhr ist deshalb mit der Kanalisation und Müllabfuhr zu vergleichen, woraus sich die Ähnlichkeit mit den im Gesetz aufgezählten Einrichtungen ergibt.²⁾ IdR erfolgt die Beseitigung der Fäkalien durch die gemeindlichen Kanalisationsanlagen. Wo diese fehlen, wie z.B. in abgelegenen ländlichen Gemeinden, werden die Fäkalien entweder durch Abfuhr beseitigt oder finden unmittelbar als Düngemittel Verwendung. Daß die Einrichtungen der Fäkalienabfuhr der Volksgesundheit dienen, bedarf keiner weiteren Erörterung, ist im übrigen unbestritten und lange in Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannt.³⁾ Sie können deshalb Gegenstand eines A- und B-Zwangs sein.⁴⁾

§ 13 Die Tierkörperbeseitigung

Auch die Einrichtungen der Tierkörperbeseitigung sind nicht ausdrücklich in den den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeord-

1) vgl. diese Generalklausel in allen Ländergemeindeordnungen, s.a. oben S. 48

2) vgl. Art. 24 bayGemO, der die Fäkalienabfuhr ausdrücklich nennt.

3) prOVG v. 1.4.1896 E 29, 58ff; v.24.4.1897 E 32, 295ff und v. 16.6.1897 E 32, 302ff; ferner: SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 302; TEUFEL, Diss. A-u.B-Zwang S. 40; HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 31

4) s.a. oben S. 10f

nungen genannt.¹⁾ Die Tierkörperbeseitigungseinrichtungen haben die Aufgabe, Tierleichen und Abfälle der Schlachthäuser und Fleischverarbeitungsindustrien aus dem menschlichen Wohnbereich zu entfernen und zu beseitigen und so die menschliche Gesundheit gegen Gefährdung durch den Genuß von untauglichem Fleisch zu schützen. Die Tierkörperbeseitigungseinrichtungen erfüllen nicht nur einen öffentlichen, der Volksgesundheit dienenden Zweck, sondern auch einen volkswirtschaftlichen, indem sie aus den Tierabfällen der Fleischverarbeitungsindustrien und Tierleichen Futter- bzw. Düngemittel herstellen, wie Fleischmehl, Fischmehl und dergl.²⁾ Im übrigen gilt für sie das hinsichtlich der Fäkalienabfuhr Gesagte entsprechend.

§ 14 Das Bestattungswesen

I. Allgemeines

Es ist seit jeher in Wissenschaft und Rechtsprechung sehr umstritten, ob die Gemeinden für Einrichtungen des Bestattungswesens einen B-Zwang (dieser kommt technisch nur in Betracht) anordnen dürfen. Mit drei Ausnahmen (vgl. § 11 bwGemO, Art. 24 bayGemO und § 8 ndsGemO) werden die Einrichtungen des Bestattungswesens in den den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften

1) Eine sondergesetzliche Regelung besteht jedoch nach dem TKG v.1.2.1939 und den DVOen vom 23.2. und vom 17.4.1939 (RGBI I S.333 u. 807). Gemäß § 5 TKG ist die unschädliche Tierkörperbeseitigung den Stadt- und Landkreisen als öffentliche Aufgabe übertragen worden. - "Die Erfüllung dieser Aufgabe ist den Stadt- und Landkreisen zur Pflicht gemacht, ohne daß dadurch die Tierkörperbeseitigung zu einer Auftragsangelegenheit i.S. des Kommunalrechts wird!" So LÜKE, Rechtsstellung DöV 1955, 432; s.a. SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 33; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S. 418

2) vgl. Der Große Herder 1954 unter "Fischmehl" und "Fleischmehl"

der westdeutschen Ländergemeindeordnungen nicht ausdrücklich genannt. Während § 11 bwGemO und Art. 24 bayGemO ganz allgemein von "Bestattungseinrichtungen" sprechen, ist in § 8 ndsGemO von "öffentlichen Begräbnisplätzen und Bestattungseinrichtungen" die Rede.

Im Gegensatz zu den "klassischen" Einrichtungen des A- und B-Zwangs nehmen die Einrichtungen des Bestattungswesens eine besondere Stellung ein. Während es nur e i n e A r t von Wasserleitung, Kanalisation oder Straßenreinigung gibt, unterscheidet man beim Bestattungswesen sowohl Bestattungseinrichtungen (Friedhöfe, Krematorien, Leichenhallen) als auch Bestattungsdienstleistungen (Leichenwaschung, -bekleidung, -aufbahrung, -einsargung, -beförderung, Lieferung von Särgen, Sargausstattungen, Sterbewäsche und Urnen) kurz, alle diejenigen sachlichen und persönlichen Mittel, die in irgendeinem funktionalen Zusammenhang zum Bestattungsvorgang stehen.¹⁾ Alle diese Bestattungsverrichtungen machen erst in ihrer Gesamtheit die Bestattung aus. Sie sind heute unumgänglich für ein vorschriftsmäßiges, den Belangen der Pietät und Hygiene genügendes würdiges Begräbnis.

Der Bestattungsvorgang - in seiner Gesamtheit gesehen - berührt die Volksgesundheit zwar in erheblichem Maße, da die menschliche Leiche als Bakterienträger die Volksgesundheit gefährden kann. Für manche Bestat-

1) Dazu gehören weiterhin die rein organisatorischen Dienstleistungen wie: die Regelung der Formalitäten bei den kirchlichen und kommunalen Behörden, die Gestaltung von Trauerfeiern (Totengeläute, Organisation und Leitung von Trauerzügen), die Gestellung von Leichen- und Kranzwagen sowie die Besorgung der Traueranzeigen und sonstigen Trauerdrucksachen. Diese scheiden jedoch aus dem Kreis der folgenden Untersuchung aus, da sie keinerlei Berührungspunkte mit den Belangen der Volksgesundheit besitzen.

tungseinrichtungen und -dienstleistungen trifft dies indes nicht zu. Es gibt Bestattungseinrichtungen und -dienstleistungen, bei denen gesundheitspflegerische Maßnahmen überhaupt nicht oder nur sekundär ins Gewicht fallen. Auch stellen die den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeordnungen jeweils auf die e i n z e l n e n Einrichtungen ab - einschließlich § 11 bwGemO, Art. 24 bayGemO und § 8 nds GemO, die schlechthin von "Bestattungs- E i n r i c h t u n g e n" sprechen - , so daß es nicht angeht, die Bestattungseinrichtungen in ihrer Gesamtheit zu den der Volksgesundheit dienenden Einrichtungen zu zählen. Deshalb ist es erforderlich, jede Bestattungseinrichtung und -dienstleistung¹⁾ gesondert darauf zu untersuchen, ob sie die Voraussetzungen für die Einführung eines B-Zwangs erfüllt. Dabei ist jeweils streng zu unterscheiden zwischen der Frage der K o m m u n a l i s i e r b a r k e i t , d.h. ob es sich - abstrakt (generell) gesehen - um eine Einrichtung handelt, für die der Gesetzgeber die Anordnung eines B-Zwangs vorgesehen hat - maW, ob die Einrichtung der Volksgesundheit dient - und der Frage der K o m m u n a l i s i e r u n g , d.h. ob im konkreten (individuellen) Falle die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen (Vorhandensein einer Einrichtung und insbes. ein "dringendes öffentliches Bedürfnis"²⁾) für die Anordnung des Benutzungszwanges für eine solche kommunalisierbare Einrichtung gegeben sind.³⁾ Die Frage der Kommunalisierung wird also nur

1) mit Ausnahme der oben S. 71 Anm.1 genannten rein organisatorischen Dienstleistungen.

2) s.a. oben S. 48ff

3) VwG Darmstadt v.11.7.1957 - IV 336/57 - nicht veröffentlicht.; LEIDINGER, Kritik BestGew 1959, 38

dann aktuell, wenn die Kommunalisierbarkeit einer Einrichtung bejaht worden ist und die Gemeinden darüber zu entscheiden haben, ob in ihrem Gemeindegebiet ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" (d.h. ein alsbald zu befriedigendes öffentliches Interesse) für die Einführung des Zwangs besteht, oder ob nicht die in der Gemeinde ansässigen privaten Bestattungsunternehmen und die Träger der kirchlichen Friedhöfe in der Lage sind, eine vorschriftsmäßige Bestattung zu gewährleisten.

II. Bestattungseinrichtungen

1. Friedhöfe

a) Geschichtlicher Rückblick

Zur Beantwortung der Frage, ob Friedhöfe der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Einrichtungen sind, ist ein kurzer geschichtlicher Rückblick auf die gesetzlichen Regelungen des Bestattungswesens im allgemeinen und die der Anlegung und Unterhaltung von Friedhöfen im besonderen erforderlich.

Einheitliche staatliche Vorschriften über das Friedhofs- und Bestattungsrecht hat es in Deutschland nie gegeben.¹⁾ Grund hierfür war der in allen Menschen verwurzelte Gedanke, die Toten in würdiger Weise zu beerdigen, so daß eine gesetzliche Regelung überflüssig erschien. Auch der Umstand, daß noch bis zum Ende des 18. Jahrhunderts die Friedhöfe fast ausschließlich im Eigentum der kath. und ev. Kirchengemeinden standen, die auf Grund ihrer Anstaltsautonomie mit Hilfe von Friedhofsordnungen in der Lage waren, eine würdige Bestattung der Toten zu gewährleisten, hat

1) GAEDKE, Handbuch S. XXVII

dazu beigetragen, daß die Setzung einheitlicher Rechtsnormen unterblieb.¹⁾ Die würdige Bestattung der Toten war in jener Zeit vornehmlich ein religiös-ethisches und soziales Anliegen der Menschen, und volksgesundheitliche und hygienische Motive spielten nur eine untergeordnete Rolle. Die zunehmende Bevölkerungs- und Besiedlungsdichte zu Beginn des 19. Jahrhunderts und die damit verbundenen erhöhten Gefahren vor Ansteckung und Krankheit waren der Grund, daß auch die Gemeinden auf dem Gebiete des Friedhofs- und Bestattungsrechts tätig wurden.²⁾ Ein weiterer Grund für die allmähliche Herauslösung des Friedhofs- und Bestattungsrechts aus dem rein kirchlichen Bereich war der Streit um die Frage, ob die kath. und ev. Kirchengemeinden berechtigt seien, Andersgläubigen die Beerdigung auf ihren Friedhöfen zu versagen. Mit dieser Streitfrage hatten sich besonders in den Fällen, in denen nur ein kirchlicher Friedhof in einer Gemeinde vorhanden war, in zunehmendem Maße die Gerichte zu beschäftigen.

Durch die Schaffung des ALR vom 5. 2. 1794 wurde diesem Streit in Preußen erstmalig ein Ende gesetzt. So schreibt § 188 II 11 ALR vor, "daß niemandem das ehrliche Begräbnis auf dem öffentlichen Kirchhofe versagt werden soll". Das Gesetz geht im übrigen davon aus, daß weiterhin die Kirchengemeinden Träger der Friedhöfe sein sollen (§ 183 II 11 ALR). Eine ausdrückliche Vorschrift, die auch die Gemeinden verpflichtet, Friedhöfe anzulegen und zu unterhalten, enthält das Gesetz nicht. In § 190 II 11 ALR wird lediglich davon ausgegangen, daß Friedhöfe auch der

1) KIWITZ, Diss. Bestattungsrecht S. 9; BAUER, Diss. rer.pol. Bestattungswirtschaft S. 52

2) GÖB, Entwicklung Gemeinde 1956, 135

"Stadt- oder Dorfgemeinde gehören können."¹⁾

Im Gegensatz zu dieser Regelung in Preußen wurde für das linksrheinische Gebiet im Wege der Säkularisation die Pflicht der politischen Gemeinden für die Anlegung von Friedhöfen ausdrücklich geregelt durch Art. 7 des kaiserlichen Dekrets "Sur les sépultures du 23 prairial XII" vom 12. 6. 1804.²⁾ Die mit den Kirchen verbundenen Friedhöfe wurden den kath. Kirchengemeinden gemäß Art. 75 der "Convention du 26 messidor IX" vom 15. 7. 1801³⁾ zurückgegeben. Da man die ev. Kirche als Verein betrachtete, wurden ihre Friedhöfe von der Säkularisation nicht betroffen.⁴⁾

Die Uneinheitlichkeit des Friedhofs- und Bestattungsrechts in den einzelnen Landesteilen dauerte auch zur Zeit der Geltung der WRV vom 11. 8. 1919⁵⁾ weiter an. So hat das Reich von dem ihm in Art. 10 Ziff. 5 WRV gegebenen Recht, allgemeine Grundsätze für das Bestattungswesen aufzustellen, keinen Gebrauch gemacht, abgesehen von der Schaffung des Gesetzes über die Erhaltung der Kriegsgräber aus dem ersten Weltkrieg vom 29. 12. 1922⁶⁾ und des FBestG vom 15. 5. 1934.⁷⁾⁸⁾

1) GAEDKE, Handbuch S. 2

2) zit. bei GAEDKE S. 496 s.a. ders. S. 4 sowie GÖB, Entwicklung Gemeinde 1956, 136

3) GAEDKE, S. 4 und S. 495

4) wie Anm. 3

5) SARTORIUS Anh. 3

6) RGBI 1923, 25

7) SARTORIUS 26

8) Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang ferner das GemGefKrG v. 30. 6. 1900 (SARTORIUS 9), die ÜbertrKrVO v. 1. 12. 1938 (SARTORIUS 9a), die III. DVO zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens - Dienstordnung für die Gesundheitsämter - v. 30. 3. 1935 (RMinBl - ZentralBl. für das Deutsche Reich 327), vgl. GAEKE S. 210f. - und das PersonenstG s. Forts. d. Anm. S. 76

Im übrigen hat der Reichsminister des Inneren versucht, durch vielerlei Verwaltungsanordnungen und Runderlasse die unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Reichsgebieten auszugleichen.¹⁾

Auch heute gibt es noch keine einheitliche bundesrechtliche Regelung. Nach dem GG gehört das Friedhofs- und Bestattungswesen zur Gesetzgebungskompetenz der Länder, da es in den Art. 73-75 GG nicht aufgeführt ist - Art. 74 Ziff.10 GG verweist lediglich die Sorge für die Kriegsgräber in das Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung - und weil Art. 70 GG den Ländern das Recht der Gesetzgebung verleiht, soweit Art. 73-75 GG nicht Gegenteiliges bestimmen.²⁾

Die westdeutschen Länder haben von dieser ihnen gegebenen Gesetzeskompetenz bisher teils keinen (wie Bre, Hmbg und He), teils nur im geringen Maße Ge-

v.3.11.1937 (SCHÖNFELDER 113), die nicht das Bestattungswesen in seiner Gesamtheit, sondern nur einzelne Fragen der Bestattung regeln, wie z.B.: die Anzeige und Beurkundung von Sterbefällen (§§ 32-40 PersonenstG), die Leichenschau (§ 72 III.DVO zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens) oder die Aufbahrung, Einsargung, Beförderung und Bestattung von Leichen der Personen, die an einer ansteckenden Krankheit verstorben sind (§§ 1-21 GemgefKrG, § 8 ÜbertrKrVO).

1) vgl. im einzelnen die bei GAEDKE, Handbuch S.XXX Anm. 20 zit.VwAO; s.a. DORNSEIFF, Gestaltung FzZfVwR 64, 160

2) s.a. ZEITLER, Probleme StuKomVw 1960, 10

brauch gemacht.¹⁾ Allseits gilt neben den oben auf S. 75 Anm. 8 erörterten reichsrechtlichen Bestimmungen, die gem. Art. 123, 125 i. Vb. m. Art. 74 Ziff. 19 GG Bundesrecht geworden sind²⁾, eine Fülle von landesrechtlichen Vorschriften, die vielfach auf ein recht hohes Alter zurückblicken können.³⁾

Es würde zu weit führen, näher auf diese teils unterschiedlichen Regelungen in den einzelnen Ländern einzugehen. Insoweit wird auf die ausführliche Darstellung bei GAEDKE verwiesen.⁴⁾ Festgestellt sei hier lediglich, daß nach einhelliger Meinung das Friedhofswesen, d. h. die Anlegung und Unterhaltung von Friedhöfen - nicht jedoch das Bestattungswesen schlechthin⁵⁾ wie noch gezeigt werden wird, eine Selbstverwaltungs-(Pflicht-)aufgabe der Gemeinden ist.⁶⁾ Diese gemeindliche Pflicht ergibt sich im

1) Für NW vgl. § 52 II nWOBG, wonach den Landesordnungsbehörden die Genehmigung, Erweiterung und Schließung von öffentlichen Begräbnisplätzen obliegt; entspr. Regelungen finden sich in § 1 nds-VO über Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr v. 1.4.1951 (GVBl 99) - zit. bei GAEDKE S. 477 - und in § 2 schlhVO zur Änderung der VO zur Regelung der Zuständigkeit der Landes- und Kreispolizeibehörden v. 18.1.1951 (GVBl 17) - zit. bei GAEDKE S. 504 -. Für BW vgl. Erl. des MdI über die Bestellung und Beaufsichtigung der Leichenschauer v. 16.11.1950 (ABl d. MdI 242) - zit. bei GAEDKE S. 376 -. Für Bay vgl. Entschl. des BayStMdI v. 14.2.1950 (MABl 78) betr. die Errichtung und Benutzung von Begräbnisstätten außerhalb der öffentl. Friedhöfe - zit. bei GAEDKE S. 411 -

2) GAEDKE S. 181f

3) vgl. im einzelnen die bei GAEDKE S. 184-187 (355-506) zit. landesrechtlichen Vorschriften

4) s. a. die Zusammenstellung der bundes- und landesrechtlichen Vorschriften bei SCHÜTZE, Bestattungsrecht

5) GAEDKE S. 7 Anm. 3

6) HESS, Diss. Friedhof S. 15; BACHOF, Rechtsnatur AöR 78, 84; KALTENHÄUSER, Bestattungsanstalten BayBm 1952, 222; BECKER, Kommunalverfassung S. 39; K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 889

Geltungsbereich des ALR¹⁾ incidenter aus § 190 II 11 ALR, wo davon ausgegangen wird, daß auch Friedhöfe im Eigentum der "Stadt- oder Dorfgemeinde" stehen können.²⁾

Die gemeindliche Verpflichtung für die Anlegung und Unterhaltung von Friedhöfen ergibt sich z.B. für Bay aus Art. 83 I und Art. 149 bayVf v. 2. 12. 1946³⁾. In den übrigen westdeutschen Ländern beruht die Verpflichtung der Gemeinden zur Anlegung und Unterhaltung von Friedhöfen teils auf Gewohnheitsrecht, teils gelten die Bestimmungen des ALR analog oder subsidiär⁴⁾.

Aus dem Wesen dieser gemeindlichen Pflichtaufgabe folgt jedoch noch nicht die Verpflichtung der Gemeinden, im Wege des B-Zwangs hinsichtlich des Friedhofswesens allein tätig zu werden und kirchliche Friedhöfe auszuschließen.⁵⁾ Wie sich aus § 52 II nwOBG ergibt, können die Kirchengemeinden in NW (entsprechendes gilt in den anderen westdeutschen Ländern)⁶⁾ weiterhin Friedhöfe unterhalten in Erfüllung einer öf-

1) das ALR ist bisher weder durch Gesetz noch sonstwie aufgehoben worden, so GAEDKE, Handbuch S. 3 Anm. 9 mit Bezug auf OVG Münster v. 26.2.1953 - IV A 474/250 - nicht veröffentl.

2) GAEDKE S. 2 (308)

3) Art. 83 I bayVf lautet: "In den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden (Art. 11 II) fallen insbesondere... das örtliche Gesundheitswesen... die Totenbestattung."

Art. 149 I 1 bayVf lautet: "Die Gemeinden haben dafür zu sorgen, daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann."

4) GAEDKE, S. 3-7; hinsichtlich der Anlegung von jüdischen Friedhöfen vgl. KLEINEN, Instandhaltung Gemeinde 1959, 22

5) GAEDKE S. 9; BACHOF, Rechtsnatur AöR 78, 84(86); KIWITZ, Diss. Bestattungsrecht S. 16; GÖB, Entwicklung Gemeinde 1956, 138; K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 889

6) vgl. z.B. Art. 149 II bayVf und Art. 24 III bayGemO

fentlichen Aufgabe, die ihnen ausdrücklich oder stillschweigend delegiert ist.¹⁾ Erforderlich für die Anlegung von kirchlichen Friedhöfen ist jedoch weiterhin die Beachtung der Zuständigkeitsvorschriften des § 1 I (d) und des § 2 I (b) der ZuständigkeitsVO zur Ausführung des Staatsgesetzes betr. die kirchlichen Verfassungen der ev.Landeskirchen vom 4. 8. 1924²⁾ und hinsichtlich der kath. Kirchenfriedhöfe § 1 VO über die Ausübung der Rechte des Staates bei der Verwaltung des kath. Kirchenvermögens vom 24. 10. 1924³⁾⁴⁾.

Die gemeindliche Pflichtaufgabe zur Anlegung und Unterhaltung von Friedhöfen ist also nur eine Verpflichtung i.S. einer *F ü r s o r g e*, die erst dann begründet wird, wenn in einer Gemeinde kirchliche Friedhöfe fehlen oder die vorhandenen kirchlichen Friedhöfe keine Gewähr für eine vorschriftsmäßige Totenbestattung bieten.⁵⁾

b) Der B-Zwang

Die Frage, ob Gemeinden durch die Anordnung eines B-Zwangs die ausschließliche Benutzung ihrer Friedhöfe vorschreiben können, ist bestritten. Derjenige Teil des Schrifttums, der diese Frage bejaht, begründet seine Ansicht damit, daß Friedhöfe der Volksgesundheit

1) BACHOF, Rechtsnatur AöR 78, 84; RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz S. 266; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 889

2) GS 594

3) GS 731

4) RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz S. 267

5) NAWIASKY-LECHNER, bayVf ErgBd 1953 S. 87; GÖB, Entwicklung Gemeinde 1956, 138; K.HURST S. 890

dienende kommunalisierbare Einrichtungen sind, da sie zur Seuchenverhütung dazu bestimmt sind, menschliche Leichen in einem für den gefahrlosen Leichenzerfall geeigneten Boden aufzunehmen.¹⁾ Ein anderer Teil des Schrifttums bejaht zwar die Kommunalisierbarkeit (d.h. den volksgesundheitlichen Zweck) von Friedhöfen, lehnt jedoch die Kommunalisierung (insbes. das Vorhandensein eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses") ab, wenn in einer Gemeinde neben dem gemeindlichen Friedhof noch kirchliche Friedhöfe (solche der kath. oder ev.Kirche) vorhanden sind.²⁾

TEUFEL³⁾, HOFMANN⁴⁾ und ZENGERLING⁵⁾ bestreiten, daß Friedhöfe der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Einrichtungen sind, da Hauptzwecke für die Errichtung und Unterhaltung von Friedhöfen solche der Pietät und Ästhetik seien und volksgesundheitliche Motive eine nur untergeordnete Bedeutung hätten. Bei der Anordnung eines B-Zwangs für eine gemeindliche Einrichtung müßten aber volksgesundheitliche Gründe gerade Hauptmotiv für die Schaffung der Einrichtung sein. Doch abgesehen davon widerspreche dem Gedanken des B-Zwangs der Grundsatz, daß dieser zugleich das

1) FISCHER-BÄRBIG, Sozialisierung S. 7ff.; BRUNNER, Bestattungsrecht S. 93f.; SUREN-LOSCHOLDER, Komm. z.DGO Bd.I S. 305; KIEFER-SCHMIDT, Komm.z.DGO. S. 118; KALTENHÄUSER, Bestattungsanstalten BayBm 1952, 222f.; GAEDKE, Handbuch S. 52; MUNTZKE-SCHLEMPF, Komm.z.heGemO S.403; ODENBREIT, Komm.z.nwGemO S. 255; s.a. bayVGH v.1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentl.

2) so vor allen FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 50; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 151 und HELMREICH, Komm.z.bayGemO S. 91

3) Diss.A-u.B-Zwang S. 40 Anm. 85

4) Diss.A-u.B-Zwang S. 32

5) Benutzungszwang, Bestattungswesen 1936, 41

Gebot, sich der Einrichtung zu bedienen, und das Verbot der Benutzung anderer Einrichtungen, die in ähnlicher Weise der Bedürfnisbefriedigung dienen könnten, in sich begreife. In Gemeinden, in denen kirchliche Friedhöfe vorhanden seien, könne so zumindest ein dringendes öffentliches Bedürfnis nicht mehr bejaht werden.¹⁾

Zu dem Streit der Meinungen ist folgendes zu sagen. Zunächst ist mit der wohl herrschenden Ansicht festzustellen, daß Friedhöfe der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Einrichtungen sind, denn ebenso wie die tierische Leiche als Bakterienträger der Volksgesundheit Schaden zufügen kann, kann die menschliche Leiche der Volksgesundheit gefährlich werden, sofern sie nicht unverzüglich aus dem menschlichen Wohnbereich entfernt und auf einem Friedhof bestattet wird. Friedhöfe werden deshalb ausschließlich aus Gründen der Volksgesundheit errichtet. Belange der Pietät und Ästhetik sind allenfalls von Bedeutung bei der Anlage und Ausgestaltung des Friedhofs (Ort der Anlage, Lage der Gräber, der Grabsteine, der Wege, der Bepflanzung und dergl.).²⁾

Mit der Bejahung der Kommunalisierbarkeit von Friedhöfen ist aber noch nichts über die Frage der Kommunalisierung gesagt, d.h. über die Frage, ob das Vorhandensein von kirchlichen Friedhöfen in einer Gemeinde die Zulässigkeit der Anordnung eines B-Zwangs für einen gemeindlichen Friedhof ausschließt.³⁾ Diese

1) so ZENGERLING, Benutzungszwang, Bestattungswesen 1936, 41f., s.a.: ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm. z.DGO S. 81 sowie HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 31

2) BACHOF, Rechtsnatur AöR 78, 83f.

3) vgl. oben S. 72f.

Frage kann jedoch insofern auf sich beruhen, als allseits in der Bundesrepublik ein gesetzlicher B-Zwang für öffentliche (kirchliche oder kommunale) Friedhöfe besteht¹⁾, der den durch Satzung angeordneten gesetzlichen B-Zwang für bestimmte gemeindliche Friedhöfe überflüssig macht.

Der Meinung von K.HURST²⁾ und SCHEIDEMANTEL³⁾, die in diesem Zusammenhang nur von einem "faktischen" B-Zwang für Friedhöfe sprechen, der sich aus dem in der Bundesrepublik herrschenden "faktischen Bestattungszwang" ergäbe, kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar einzuräumen, daß in Bundes-, ehemaligen Reichs- und Landesgesetzen nirgends vorgeschrieben ist, daß eine Leiche bestattet werden muß. In den zitierten, die Bestattung regelnden Ländergesetzen finden sich jedoch allseits Vorschriften, nach

1) vgl. § 186 II 11 ALR: "Ohne Anzeige bei den gesetzlichen Oberrn sollen Leichen anderswo als auf einem öffentlichen Friedhofe nicht begraben werden." - GAEDKE S. 307 - s.a.: § 13 badVO betr. die sanitäts-polzeilichen Maßregeln in Bezug auf Leichen und Begräbnisstätten v.16.12.1875 (GVBl 369): "Die Beerdigung einer Leiche darf nur auf dem in jeder Gemeinde mit bezirksamtlicher Genehmigung bestimmten öffentlichen Begräbnisplatz geschehen." - GAEDKE S. 360 - entspr. Bestimmungen enthalten: § 17 wüVO betr. die Leichenschau, die Leichenöffnung und das Begräbnis v.24.1.1882 (RegBl 33) - GAEDKE S. 375 -; § 10 der bayoberpol Vorschriften über die Leichenschau und die Zeit der Beerdigung v.20.11.1885 (GVBl 655) - Gaedke S. 389 -; Art. 1 heG betr. das Beerdigungswesen v.22.7.1905 (RegBl 221) - GAEDKE S. 449 -; § 2 prPolVO über das Leichenwesen v.18.4.1933 (GS 149) - GAEDKE S. 316 - sowie §§ 1, 2 lippPolVO über das Leichenwesen v.29.9.1936 - GAEDKE S. 486 -; s.a. Art. 61 II bayPolStGB v.26.12.1871, der denjenigen unter Strafe stellt, der "ohne Bewilligung der zuständigen Behörde an einem anderen Orte als auf einem öffentlichen Kirchhofe beerdigt". - GAEDKE S. 414 -.

2) Gemeindeeinrichtungen S. 890f.

3) Diss.A-u.B-Zwang S. 151

denen jedermann verpflichtet ist, seine verstorbenen Angehörigen ausschließlich auf einem öffentlichen Friedhof zu bestatten (= gesetzlicher Friedhofszwang).¹⁾ Dieser generelle gesetzliche Friedhofszwang beinhaltet incidenter auch einen generellen gesetzlichen Bestattungszwang, denn die gesetzliche Regelung des "Wo" der Bestattung (Friedhofszwang) muß folgerichtigerweise zugleich eine gesetzliche Regelung des "Muß" des Bestattens (Bestattungszwang) in sich begreifen.²⁾

Entgegen der Meinung von K.HURST und SCHEIDEMANTEL ist also festzustellen, daß in der Bundesrepublik sowohl ein gesetzlicher Friedhofszwang als auch ein gesetzlicher Bestattungszwang herrscht. Ersterer schließt den gesetzlichen Bestattungszwang in sich ein.

Der generelle gesetzliche B-Zwang für öffentliche Friedhöfe unterscheidet sich von dem durch Satzung eingeführten gesetzlichen B-Zwang für bestimmte gemeindliche Friedhöfe nicht, wenn in einer Gemeinde

1) über die möglichen Ausnahmen (z.B. Bestattung in Privatgruften) vgl. GAEDKE S. 122

2) s.a. BACHOF, Rechtsnatur AöR 78, 84 und RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz S. 267, die nicht zwischen gesetzlichem und faktischem B-Zwang von Friedhöfen ausdrücklich unterscheiden, sondern allgemein vom "B-Zwang für Friedhöfe" sprechen und damit offensichtlich den generellen gesetzlichen Friedhofszwang meinen; vgl. ferner BGHZ v.13.7.1954 NJW 1954 1484 und v.18.11.1955 NJW 1956, 549, wo ganz allgemein von "Bestattungs-" bzw. "Friedhofszwang" die Rede ist. GÖB, Entwicklung, Gemeinde 1956, 138 meint, daß der "gesetzliche" Friedhofszwang sich aus der Rechtsprechung zum Friedhofswesen ergäbe. Dies ist unzutreffend, denn ein "gesetzlicher" Zwang kann sich nur auf Grund geschriebener Gesetze ergeben, wie es auch tatsächlich hier beim Friedhofszwang der Fall ist.

nur ein kommunaler Friedhof vorhanden ist, denn dann kann und muß nur dieser gemeindliche Friedhof benutzt werden, gleichgültig, ob für diesen der B-Zwang durch Satzung ausdrücklich angeordnet worden ist oder nicht. Ein Unterschied zwischen dem generellen gesetzlichen B-Zwang für Friedhöfe und dem durch Satzung eingeführten gesetzlichen B-Zwang besteht jedoch dann, wenn in einer Gemeinde neben einem kommunalen Friedhof noch kirchliche Friedhöfe gegeben sind und den Gemeindebewohnern auf Grund des generellen gesetzlichen Friedhofszwangs die Wahl offen steht, auf welchem Friedhof (kommunalen oder kirchlichen) sie ihre verstorbenen Angehörigen bestatten wollen. Besteht jedoch durch Satzung eingeführter B-Zwang für den gemeindlichen Friedhof, so haben die Gemeindebewohner keine andere Wahl, als ausschließlich diesen zu benutzen.

Da es aber für die Belange der Volksgesundheit gleichgültig ist, auf welchem Friedhof menschliche Leichen bestattet werden, - denn auch die Träger der Kirchenfriedhöfe haben die oben S. 75 Anm. 8 und S. 82 Anm. 1 zit. Vorschriften über die Bestattung zu beachten und können entsprechend überwacht werden - macht der generelle gesetzliche B-Zwang für öffentliche Friedhöfe den durch Satzung eingeführten gesetzlichen B-Zwang für bestimmte gemeindliche Friedhöfe überflüssig.¹⁾

2. Krematorien

Eine weitere Bestattungsart, die die heutige Zivilisation neben der Erdbestattung kennt, ist die Feuer-

1) Im Ergebnis ebenso: FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S.50; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 891; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 158; ZEITLER, Probleme StuKomVw 1960, 10

bestattung. Die anderen möglichen Bestattungsformen, wie die Luftbestattung (Höhlenbestattung der Tertiärzeit = Bestattung ohne Erdbedeckung) und die Wasserbestattung (Seemannsbestattung, Moorbestattung) scheiden aus dem Kreis der Betrachtung aus, da sie heute nicht mehr gebräuchlich sind.

Feuerbestattungsanlagen (Krematorien) bedürfen landespolizeilicher (in NW landesordnungsbehördlicher) Genehmigung.²⁾³⁾ Nach § 8 FBestG darf die Genehmigung zur Errichtung von Krematorien nur Gemeinden, Gemeindeverbänden und solchen Körperschaften des öffentlichen Rechts erteilt werden, denen die Sorge für die Anlegung von Begräbnisplätzen obliegt, wie z.B. den Kirchengemeinden.⁴⁾ Daher sind von der Genehmigung juristische und Privatpersonen jeder Art und auch solche Körperschaften des öffentlichen Rechts ausgeschlossen, denen ein Sorgerecht für die Unterhaltung von Begräbnisplätzen nicht gegeben ist.⁵⁾ Gemäß § 1 FBestG "ist die Feuerbestattung der Erdbestattung

- 2) vgl. § 52 II nWOBG und RIETDORF, Ordnungsbehörden-gesetz S. 267
- 3) vgl. § 10 S. 2 FBestG und § 7 S. 2 des RdErl des prIM v.8.6.1934 (MBliv 809) - zit.bei GAEDKE S.232f und 329f; s.a. DVO zum FBestG v.10.8.1938 (RGBl I 1000)- GAEDKE S. 228ff.
- 4) In Betracht kommen nur Krematorien der ev.Kirche, da die Feuerbestattung nach kath.Kirchenrecht verboten ist. Vgl.hierzu: BERNER, Bestattungswesen S.5; BAUER, Diss.rer.pol. Bestattungswirtschaft S. 58; GAEDKE, Handbuch S. 167f.
- 5) vgl. BAUER S. 58; BERNER S. 7 und GAEDKE S.174 - allerdings sieht § 8 III FBestG die Übertragung des Betriebes eines Krematoriums auf rechtsfähige Feuerbestattungsvereine vor; aber soweit ersichtlich, werden Krematorien nur städtischerseits unterhalten. - Für die Feuerbestattung in den USA, die dort auch von privaten Krematorien ausgeübt wird, vgl. die Satire von WAUGH, "Tod in Hollywood".

grundsätzlich gleichgestellt". Diese Gleichstellung bedeutet jedoch nicht, daß die Gemeinden dort, wo sie gemeindliche Friedhöfe errichtet haben, nun auch den Gemeindebewohnern Krematorien für die Feuerbestattung zur Verfügung zu stellen haben.¹⁾ IdR werden jedoch heute in vielen größeren Städten Krematorien unterhalten (so z.B. in Dortmund und Osnabrück), die der Bedürfnisbefriedigung dieser Bestattungsart in vollem Umfange Rechnung tragen.

Aus der gesetzlichen Gleichstellung der Feuerbestattung mit der Erdbestattung folgt, daß das oben²⁾ hinsichtlich der Zulässigkeit der Einführung eines B-Zwangs für Friedhöfe Gesagte für die Frage der Zulässigkeit der Anordnung eines B-Zwangs für gemeindliche Krematorien entsprechend gilt. Ebenso wie dort machen hier der gesetzliche Zwang, für die Feuerbestattung nur ein behördlich genehmigtes (gemeindliches oder kirchliches) Krematorium zu benutzen³⁾, und die Tatsache, daß kirchliche Krematorien ebenso wie solche der Gemeinden die strengen gesundheitspolizeilichen Vorschriften des FBestG zu beachten haben und auch demgemäß überwacht werden können, die Einführung eines durch Satzung ausgesprochenen gesetzlichen B-Zwangs für ein gemeindliches Krematorium überflüssig.⁴⁾

1) GAEDKE S. 167

2) S. 83ff.

3) vgl. § 7 FBestG

4) Der Meinung von SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 151f, der die Zulässigkeit der Kommunalisierung eines gemeindlichen Krematoriums mit der Begr. ablehnt, daß mit der Einführung eines solchen B-Zwangs nur noch die Feuerbestattung zulässig sei, dies jedoch mit der ethischen und religiösen Überzeugung weiter Kreise der Bevölkerung im Widerspruch stehe, kann nicht gefolgt werden. SCHEIDEMANTEL übersieht, daß ein hinsichtlich eines gemeindlichen Krematori-

Gemäß § 9 FBestG "sind die Aschenreste jeder Leiche in einem amtlich zu verschließenden Behältnis aufzunehmen und in einer Urnenhalle, einem Urnenhain, einer Urnengrabstelle oder in einem Grabe beizusetzen." Solche Urnenhallen (-haine und -grabstellen) finden sich allseits auf öffentlichen Friedhöfen, mit Ausnahme der kath. Friedhöfe. Hieraus ergibt sich, daß der oben¹⁾ erörterte generelle gesetzliche B-Zwang für Friedhöfe auch für Leichen gilt, die im Wege der Feuerbestattung bestattet werden.²⁾

3. Leichenhallen

Leichenhallen sind ebenso wie Friedhöfe und Krematorien der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Einrichtungen. Sie sind dazu bestimmt, die nach der Waschung, Bekleidung und Einsargung hergerichteten Leichen aufzunehmen und für die Beerdigung bereitzuhalten.³⁾ Die alsbaldige Entfernung der Leichen aus dem menschlichen Wohnbereich und ihre Einlieferung in Leichenhallen ist für die Volksgesundheit beson-

ums angeordneter B-Zwang doch nur diejenigen Gemeindebewohner zur Benutzung zwingen kann, die die Leichen ihrer verstorbenen Angehörigen im Wege der Feuerbestattung beisetzen wollen, nicht jedoch diejenigen, die durch Erdbestattung bestatten wollen, maW bei denen kein Gebrauchsbedürfnis für eine Feuerbestattung gegeben ist. Dies ergibt sich sowohl aus der gesetzlichen Zweckbestimmung eines Krematoriumzwanges, der immer von einem Gebrauchsbedürfnis der Einwohner abhängig ist (s.a. oben S. 9f.), als auch aus § 2 FBestG, wonach sich die Bestattungsart nach dem Willen des Verstorbenen zu richten hat und, falls keine diesbezügliche Willenskundgebung vorliegt, die Angehörigen des Verstorbenen die Bestattungsart zu bestimmen haben.

1) S. 83ff.

2) s.a. GAEDKE S. 177

3) SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 305; GAEDKE S. 31; SCHEIDEMANTEL S. 156

ders dann von großer Bedeutung, wenn es sich um Leichen von Personen handelt, die an einer ansteckenden oder gemeingefährlichen Krankheit gestorben sind. Soweit jedoch schon kirchliche Leichenhallen in der Gemeinde vorhanden sind¹⁾, dürfte ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" für die Kommunalisierung von gemeindlichen Leichenhallen fehlen.²⁾ Auch ergibt sich aus dem generellen gesetzlichen B-Zwang für Friedhöfe³⁾ idR schon ein rechtlicher B-Zwang für Leichenhallen, denn die meisten Friedhöfe sind aus Zweckmäßigkeitsgründen mit einer Leichenhalle ausgestattet⁴⁾, und ist erst einmal die Leiche zum Friedhof befördert worden und damit in den Anstaltsbereich des Friedhofs gelangt, so unterliegt sie der Anstaltsgewalt und damit dem Zwang, in der Leichenhalle aufbewahrt werden zu müssen. So macht der aus dem generellen gesetzlichen B-Zwang für Friedhöfe und der Anstaltsgewalt am Friedhof sich ergebende rechtliche B-Zwang für Leichenhallen die Anordnung eines durch Satzung eingeführten B-Zwangs überflüssig.

III. Bestattungsdienstleistungen

1. Leichenbehandlung (-besorgung)

Unter Leichenbehandlung (-besorgung) ist das Waschen, Bekleiden, Aufbahren und Einsargen von Leichen zu

- 1) die Zulässigkeit der Errichtung von kirchlichen Leichenhallen ergibt sich z.B. für NW aus § 2 IV prPolVO über das Leichenwesen - entspr. Vorschriften finden sich für die anderen westdeutschen Länder in den oben auf S. 82 Anm. 1 zit. landesrechtlichen Bestimmungen
- 2) ebenso ZENGERLING, Benutzungszwang, Bestattungswesen 1936, 42; HOFMANN, Diss. A-u. B-Zwang S. 33
- 3) s.a. oben S. 82ff.
- 4) obschon kein gesetzlicher Zwang dazu besteht, vgl. GAEDKE S. 31

verstehen. Wenn auch diese Tätigkeiten vornehmlich aus Gründen der Pietät und Ästhetik vorgenommen werden, so dienen sie auch der Volksgesundheit, da der unmittelbare Umgang mit Leichen, wie er bei der Leichenbesorgung erfolgt, die Volksgesundheit beeinträchtigen kann, sofern er nicht sachgemäß ausgeführt wird.¹⁾ Die Ansteckungsgefahr für Leichenbesorger und damit die Gefährdung der Volksgesundheit ist dann besonders groß, wenn es sich um Leichen von Personen handelt, die an einer übertragbaren oder gemeingefährlichen Krankheit (Diphtherie, Scharlach, Tuberkulose usw.)²⁾ verstorben sind oder bei denen der Eintritt des Todes schon länger zurückliegt und die Verwesung schon weit fortgeschritten ist (z.B. Wasserleichen). Bei diesen sogen. "gefährlichen Leichen" darf keine Waschung und Umkleidung erfolgen; sie sind in Tücher einzuhüllen, die mit desinfizierenden Flüssigkeiten zu tränken sind.³⁾ Die Verwendung von Särgen ist zwingend vorgeschrieben.⁴⁾ Bei der Erdbestattung ist ein Sarg zu benutzen, der so abgedichtet ist, daß jedes Durchsickern von Leichenflüssigkeit verhindert wird.⁵⁾ Bei der Feuerbestattung müssen die Särge, um eine restlose Verbrennung und Einäscherung zu gewährleisten, aus dünnem Holz oder Zinkblech bestehen und frei von Metallbeschlägen sein.⁶⁾

1) s.a. bayObLG v.12.6.1957 bayVwBl 1957, 363

2) vgl. im einzelnen die in §§ 1, 2 ÜbertrKrVO (SARTORIUS 9a) aufgezählten Krankheiten

3) so § 6 prPolVO über Leichenwesen

4) vgl. §§ 3, 4, 12 prPolVO über Leichenwesen; §§ 12, 13 DVO zum FBestG v.10.8.1938 zit. bei GAEDKE s.228 sowie §§ 44ff. EisenbahnVerkO v.8.9.1938 zit. bei GAEDKE S. 220f.

5) § 4 prPolVO über Leichenwesen

6) § 12 DVO zum FBestG

Aus alledem ergibt sich, daß die Leichenbehandlung der Volksgesundheit dient und kommunalisierbar ist. Die Kommunalisierung der Tätigkeit von Leichenbesorgern ist jedoch dann unzulässig, wenn in einer Gemeinde schon zuverlässige private Bestattungsunternehmer tätig sind, die idR neben der Lieferung des Sarges und den sonstigen für die Bestattung erforderlichen Dienstleistungen¹⁾ auch die Leichenbehandlung übernehmen. Denn dann fehlt ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" (d.h. ein alsbald zu befriedigendes öffentliches Interesse) für die Kommunalisierung.

Der Meinung von KALTENHÄUSER²⁾ und des bayVGH³⁾, die in der Kommunalisierung der Tätigkeit von Leichenbesorgern die Möglichkeit sehen, "den Vollzug gesundheitspolizeilicher Vorschriften besser zu überwachen und selbst durchzuführen", kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht einzusehen, warum gemeindliche Leichenbesorger besser überwacht und beaufsichtigt werden sollten als private.⁴⁾ Aus der Fassung des § 5 pr-PolVO über Leichenwesen: "Personen, welche die Tätigkeit der Reinigung, Ankleidung und Einsargung von Leichen b e r u f l i c h ausüben ...", geht eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber auch die berufliche Tätigkeit privater Leichenbesorger hat erfassen wollen. Durch §§ 15, 22 ÜbertrKrVO und § 21 GengefKrG ist sichergestellt, daß für die mit der Leichenbesorgung beschäftigten Personen besondere Schutzmaßnahmen (z.B. Schutzimpfungen, Verkehrs- und Berufsbeschränkungen) angeordnet werden können. Auch kann durch besondere

1) vgl. oben S. 71

2) Bestattungsanstalten BayBm 1952, 222

3) v.30.7.1954 - 61 IV.53 - nicht veröffentl.

4) ebenso JELLINEK, VwR 1948 S. 440

Vorschriften der Personenkreis, der die Leichenbesorgung gewerbsmäßig vornimmt, von bestimmten anderen beruflichen Tätigkeiten (so vom Nahrungsmittel-, Friseur- und Hebammengewerbe) ausgeschlossen werden.¹⁾ Durch andere Vorschriften ist darüberhinaus dafür gesorgt, daß die bei der Leichenbehandlung verwandten Geräte (z.B. Frasiergeräte) nicht bei Lebenden Verwendung finden.²⁾ Weitere strenge gesundheitspflegerische Vorschriften schreiben das Tragen von waschbaren Überkleidern und Schürzen und das Händewaschen mit desinfizierenden Flüssigkeiten vor.³⁾ Auf die Einhaltung aller dieser die Leichenbehandlung regelnden Vorschriften müßten notwendig auch gemeindliche Dienstkräfte, denen die Leichenbesorgung obliegt, überwacht und beaufsichtigt werden, so daß von einer "besseren Durchführung und Überwachung gesundheitspolizeilicher Vorschriften" nicht die Rede sein kann. Außerdem wird das heutige moderne mit allen Möglichkeiten der Medizin und Hygiene vertraute private Bestattungsgewerbe schon aus eigenem Berufsinteresse alles tun, um eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Leichenbesorgung zu gewährleisten.⁴⁾

- 1) vgl. z.B. § 5 prPolVo über Leichenwesen
- 2) § 5 prPolVO über Leichenwesen; für Bay vgl. die "Oberpolizeilichen Vorschriften über die Ausübung des Friseurgewerbes" v.13.6.1938 (GVBl 206)
- 3) so z.B. § 6 III prPolVO über Leichenwesen
- 4) Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang ein Gespräch aus einer Sendung des Bay. Rundfunks v.7.3.1959 abgedr. in: BestGew 1959, 122ff anlässlich einer in München vorgenommenen Erhöhung der Bestattungsgebühren. In diesem Gespräch erklärte der Leiter des Münchener Bestattungsamtes, daß die Tätigkeit des privaten Bestattungsgewerbes in München keineswegs unzulänglich, sondern geradezu vorbildlich (!) für das städtische Bestattungsamt sei.

Eine gemeindliche Satzung, die trotz Vorhandenseins privater Leichenbesorger in der Gemeinde einen B-Zwang für gemeindliche Leichenbesorger anordnet, wäre nur dann zulässig, wenn die bisherige Tätigkeit des privaten Bestattungsgewerbes zu Beanstandungen Anlaß gegeben hat und befürchtet werden muß, daß es den Interessen der Volksgesundheit nicht oder in nicht ausreichendem Maße genügt. Zugleich müßte feststehen oder wenigstens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, daß die gemeindlichen Leichenbesorger besser als die privaten den Belangen der Volksgesundheit zu dienen in der Lage sind.¹⁾ Anderenfalls verstieße die gemeindliche Satzung nicht nur gegen eine gesetzliche Voraussetzung des A- und B-Zwangs (dringendes öffentliches Bedürfnis)²⁾, sondern auch gegen das Verbot des Übermaßes (Unverhältnismäßigkeit des Mittels), eine "Fundamentalnorm, die sich bei Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips auf deutliche Interessenlagen innerhalb raum-zeitlich besonderer sozialer Lebensverhältnisse und Rechtsordnungen oder Rechtsordnungsteile" ergibt.³⁾ Gegen die Anwendung dieses "besonderen Rechtsgrundsatzes"⁴⁾, der seinen Ursprung im Polizeirecht hat⁵⁾, auf das gemeindliche Satzungsrecht des A- und B-Zwangs bestehen keine Bedenken.⁶⁾

1) s.a. Hans J.WOLFF, VwR I § 3 I c S. 14 zum Subsidiaritätsprinzip der Verwaltung

2) vgl. oben S. 54

3) so Hans J.WOLFF § 25 I, 2 S. 93; s.a. ders.: Rechtsgrundsätze S. 41ff. (52)

4) wie Anm. 3

5) vgl. z.B. § 41 II prPVG und § 15 nWOBG; s.a. DREWS-WACKE, Polizeirecht S. 77ff.

6) vgl. Hans J.WOLFF, VwR I S. 93: Der Grundsatz des Übermaßverbotes "gehört zu den Rechtsgrundsätzen des deutschen Verwaltungsrechts"; s.a. RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz S. 97 sowie OVG Münster v. 27.5.1960 DöV 1960, 762

2. Leichenbeförderung

Die Leichenbeförderung nimmt im Rahmen der Untersuchung, welche Einrichtungen des Bestattungswesens zu den der Volksgesundheit dienenden (kommunalisierbaren) Einrichtungen gehören, eine besondere Stellung ein, weil gerade auf diesem Gebiete noch in jüngster Zeit die Meinungen weit auseinandergehen. So wird die Zulässigkeit der Einführung eines B-Zwangs für die Leichenbeförderung von Autoren verneint, die sonst für andere Bestattungseinrichtungen einen gemeindlichen Zwang zulassen.¹⁾

Bevor untersucht wird, ob die Leichenbeförderung kommunalisierbar ist, sei zunächst festgestellt, daß der Transport von Leichen verkehrsrechtlich nicht dem Begriff der Personenbeförderung unterliegt und daher nicht genehmigungspflichtig ist.²⁾ Die Bestimmungen des GüKrVG vom 17. 10. 1952 gelten für die von Leichenbeförderungsunternehmern verwendeten Kraftfahrzeuge jedoch insoweit, als diese Fahrzeuge nicht speziell zur Beförderung von Leichen bestimmt und geeignet sind³⁾. Hierdurch soll ausgeschlossen werden, daß Leichentransporte mit Kraftfahrzeugen erfolgen, die sonst der Personenbeförderung dienen.

Für die Durchführung von Leichentransporten auf der Eisenbahn, dem Luft- und Seeweg und im internationalen Verkehr gelten besondere bundes-, landesrechtliche und zwischenstaatliche Vorschriften, die überwiegend aus

1) vgl. FRIEDRICHS, Aufgaben S. 19; KIEFER-SCHMIDT, Komm.z.DGO S. 118; HELMREICH, Komm.z.bayGemO 1953 S. 91, der seine Auffassung jedoch in der 1959 erschienenen 2.Auflage des Komm. HELMREICH-WIDTMANN S. 448 nicht aufrechterhält; s.a. ODENBREIT, Komm.z. nwGemO S. 255 sowie K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 891

2) GAEDKE, Handbuch S. 161f

3) § 4 I Ziff. 2 GüKrVG

Gründen der Pietät und Ästhetik erlassen worden sind.¹⁾

Soweit die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel für den Leichentransport in Betracht kommt, wird auf diese zitierten Vorschriften verwiesen. Sie werden nicht näher erörtert, da Gegenstand vorliegender Untersuchung lediglich die Frage ist, ob Gemeinden als Selbstverwaltungskörperschaften einen B-Zwang für gemeindliche Leichenwagen vorschreiben können.

Bei der Leichenbeförderung ist zu unterscheiden zwischen der örtlichen Beförderung (innerhalb einer Gemeinde vom Totenhaus zum Friedhof oder Krematorium) und der überörtlichen Beförderung (von einer Gemeinde zur anderen).

a) Örtliche Beförderung

Zur Klärung der Rechtslage ist wiederum auszugehen von der Fragestellung, ob die Leichenbeförderung zu den der Volksgesundheit dienenden Einrichtungen gehört, die das Gesetz beispielhaft aufzählt.

In früherer Zeit, etwa um die Jahrhundertwende, lag es nahe, den Leichentransport vom Totenhaus zum Friedhof als eine Art Bestattungshandlung aufzufassen, die in einen unmittelbaren Zusammenhang gebracht werden konnte mit einer möglichen Gefährdung der Volksgesundheit. Denn damals galten die heute bestehenden stren-

1) vgl. z.B. §§ 12ff der Vorschriften für die Beförderung von Leichen auf dem Seeweg (veröffentl. mit Erlaß des rRM f. Handel u. Gewerbe) v. 24.12.1906 (HMB1 1907, 3) - GAEDKE S. 325; RdErl. der rRM f. Handel u. Gew. f. Verk. u. d. Innern v. 23.3.1928 betr. den Leichentransport mit Luftfahrzeugen (MB1 IV 343) - GAEDKE S. 328; s.a. § 27 I LuftVG "gefährliche Güter" (SCHÖNFELDER 34) sowie Internationales Abkommen über die Leichenbeförderung v. 31.5.1938 (RGB1 II 199) - GAEDKE 215 - und §§ 44ff. EisenbahnverK - GAEDKE S. 220 -.

gen gesundheitspolizeilichen Vorschriften über die Bestattung, die auch speziell den Leichentransport regeln, noch nicht.¹⁾ Die schon erörterte prPolVO über Leichenwesen schreibt neben den bereits zitierten §§ 5 und 6 über die Leichenbehandlung auch für die Leichenbeförderung die Einhaltung von strengen Maßnahmen vor. So ordnet § 3 prPolVO für die Leichenbeförderung an, "daß ein Sarg zu benutzen ist, der so abgedichtet ist, daß jedes Durchsickern von Feuchtigkeit verhindert wird." § 6 prPolVO über Leichenwesen schreibt für Leichen von Personen, die an einer ansteckenden Krankheit verstorben sind, vor, daß sie nur in einem Sarg transportiert werden dürfen, "dessen Boden durch eine reichliche, etwa 5 - 10 cm hohe Schicht aufsaugender Stoffe gegen das Durchdringen von Leichenflüssigkeit geschützt ist." Auch bestehen bestimmte Fristen für die Verbringung der Leiche zur Leichenhalle und zum Friedhof. Gemäß § 2 prPolVO über Leichenwesen "muß jede Leiche vor Ablauf von 96 Stunden nach dem Tode entweder bestattet oder in eine öffentliche Leichenhalle überführt werden." Leichen

- 1) vgl. als bundes-(früher reichs-)rechtliche Vorschrift: § 73 der III.DVO zum Gesetz über die Vereinheitlichung des Gesundheitswesens v.30.3.1935 (RMBl 327) -GAEDKE S.210; als landesrechtliche Vorschriften vgl. für NW: §§ 3, 6 prPolVO über Leichenwesen - GAEDKE S.315; für Bay: §§ 3, 4 Ministerialbekanntmachung über die Beförderung von Leichen v.10.6.1942 (GVBl 89) - GAEDKE S. 397; für BW: § 4 der VO den Transport von Leichen betr. v.1.2.1888 i.d.F. v.5.7.1919 (GVBl 411) - GAEDKE S. 364; für Bre: §§ 3, 6, 8, 13 der VO über die Behandlung menschlicher Leichen v.20.8.1936 i.d.F.v.17.8.1938 (GBI 185) - GAEDKE S. 423; für He: §§ 11-17 der Bekanntmachung, die Ausführung des Ges.über das Beerdigungswesen v.22.7.1905 betr. v.1.3.1906 (RegBl 52) i.d.F.v.5.7.1919 (RegBl 301) - GAEDKE S. 451; für Nds: §§ 3, 6 polVO über das Leichenwesen v. 29.6.1936 (LV 249) - GAEDKE S. 486. Diese polVO entspricht wörtlich der prPolVO über Leichenwesen, für RhPf und SchlH gilt die prPolVO über Leichenwesen; vgl. GAEDKE S. 502f und S. 505

von Personen, die an einer ansteckenden Krankheit verstorben sind, sind "mit möglichster Beschleunigung" in eine Leichenhalle zu verbringen und zu bestatten, § 6 II prPolVO über Leichenwesen.¹⁾

Vor dem Inkrafttreten dieser Vorschriften hatten sich viele Städte veranlaßt gesehen, das Bestattungswesen ganz oder teilweise selbst in die Hand zu nehmen, weil sie keine genügende Handhabe hatten, gegen die "Unzügellichkeiten und Mißstände" privater Leichentransportunternehmer einzuschreiten.²⁾ In jener Zeit war ein gemeindlicher B-Zwang vornehmlich auch aus verkehrspolizeilichen Gründen als zulässig erachtet worden.³⁾

Es kann dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfang, sei es aus Gründen der Volksgesundheit oder sei es aus verkehrspolizeilichen Gründen, in der damaligen Zeit die Anordnung eines B-Zwangs für die Leichenbeförderung als zulässig angesehen werden konnte. Heute kann sich ein B-Zwang für die Leichenbeförderung weder auf verkehrspolizeiliche noch auf volksgesundheitliche Gründe stützen.

- 1) entspr.Regelungen enthalten die oben S.95 Anm. 1 zit.Vorschriften.
- 2) so FLEISCHMANN, Wörterbuch unter "Bestattungswesen" S. 437; s.a. DORNSEIFF, Gestaltung FzZfVwR 64, 150 und BAUER, Diss.rer.pol. Bestattungswirtschaft S.26, die auf besonders krasse Verstöße privater Leichenbeförderungsunternehmer gegen Pietät und Menschenwürde hinweisen.
- 3) vgl. KG v.25.9.1911 REGER 32, 195, das seine Entsch. mit der Hebung der Sicherheit und Ordnung auf den öffentlichen Straßen begründete; s.a. BERNER, Bestattungswesen S. 122; FLEINER, Institutionen S.319 Anm. 5; LANDMANN-ROHMER, Komm.z.GewO 8.Aufl. Bd.I S. 66, 83, 87; am schon damals ein großer Teil der Lit. wie: ALNOR, Diss.Zulässigkeit S. 85; DREYER, Diss.Gemeindemonopol S. 44 und HOFMANN, Diss.A-u. B-Zwang S. 33 mit weiteren Nachweisen

aa) Der B-Zwang aus verkehrspolizeilichen Gründen

Die Anordnung eines B-Zwangs für den Leichentransport aus verkehrspolizeilichen Gründen könnte entweder nur das Ziel haben, Trauerzüge zu verbieten, oder aus anderen die öffentliche Ordnung und Sicherheit auf den Straßen betreffenden Gründen erfolgen, z.B. aus Mißtrauen gegen die Fahrtüchtigkeit privater Leichenwagenfahrer.¹⁾ Um aus Verkehrssicherungsgründen Trauerzüge zu verbieten, können die Ordnungs- bzw. Polizeibehörden der Gemeinden (in NW in kreisfreien Städten die Stadtverwaltungen als Straßenverkehrsämter, in kreisangehörigen Städten die Kreisverwaltungen)²⁾ gemäß § 5 I StVO i.Vb.m. § 47 StVO und § 1 des Eingliederungsgesetzes der staatlichen Sonderbehörden der Kreisstufe in die Kreis- und Stadtverwaltungen³⁾ eine Versagung der Durchführung von Trauerzügen aussprechen; denn ein Trauerzug ist eine "Veranstaltung" i.S. von § 5 I StVO, die die öffentlichen Straßen mehr als verkehrsüblich in Anspruch nimmt.⁴⁾ Auch aus anderen die öffentliche Ordnung und Sicherheit auf den Straßen betreffenden Gründen (z.B. Hebung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch zeitweilige Sperrung von Straßen, durch die Trauerzüge führen) bieten die zur Zeit in der Bundesrepublik geltenden Straßenverkehrsvorschriften (das StVG, die StVO und

1) vgl. das schon zit. Urt. des KG v. 25.9.1911 REGER 32, 195

2) vgl. Hans J. WOLFF VwR I §§ 57 III, 1 & S. 303; FLOEGEL-HARTUNG, Straßenverkehrsrecht Anm. 3 g zu § 47 StVO S. 340

3) v. 30.4.1948 (GVNW 180)

4) In NW ist § 12 nwPOG nicht anwendbar, da der Verkehrs-(Kreis-)polizei nur die unmittelbare Überwachung des Straßenverkehrs obliegt; s.a. Hans J. WOLFF, VwR I § 57 III 2 und RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz VwVO zu § 12 nwPOG Nr. 3, a-f S. 341

StvZO) den Ordnungs bzw. Polizeibehörden der Gemeinden genug Möglichkeiten, um hinsichtlich der Leichenbeförderung eine ordnungsmäßige Abwicklung des Verkehrs zu gewährleisten. Da derartige ordnungsbehördliche und verkehrspolizeiliche Maßnahmen in diesen Gesetzen bereits eine spezielle, abschließende Regelung und auch Kompetenzzuweisung (Ordnungs- bzw. Polizeibehörde) gefunden haben, ist eine Zuständigkeit der Gemeinden nicht gegeben, im Wege der Einführung eines B-Zwangs für die Leichenbeförderung solche verkehrspolizeilichen Ziele zu verfolgen. Die Ordnungs- (Polizei-)behörden der Gemeinden sind ausschließlich befugt, entsprechende Anordnungen im Verordnungswege generell oder im Verfügungswege individuell zu treffen.¹⁾

bb) Der B-Zwang aus volksgesundheitlichen Gründen

In Rechtsprechung und Wissenschaft wird verschiedentlich die Anordnung eines B-Zwangs für die Leichenbeförderung aus volksgesundheitlichen Gründen bejaht mit der Begründung, daß

"eine Maßnahme der Förderung der Volksgesundheit dienen kann, wenn sie durch Zusammenfassung von Zuständigkeiten die Voraussetzungen zu einer umfassenden gesundheitspflegerischen Organisation schafft, insbesondere dann, wenn sie durch Vorausplanung dem Eintritt von Tatumständen vorbeugt, denen im einzelnen wegen ihrer Auswirkung auf die öffentliche Gesundheit später polizeilich entgegengewirkt werden müßte."²⁾

1) für NW vgl. §§ 14, 30 nWOBG; s.a. BVwG v.1.3.1957 DVBl 1957, 472

2) so VGH Freiburg v. 23.3.1953 DVBl 1953, 635; zustimmend: VwG Darmstadt v.11.7.1957 - IV 336/57 - nicht veröffentl.; ARNOLD, Fragen Gemeindehaushalt 1954, 16; GAEDKE, Handbuch S. 52; ZEITLER, Probleme StukomVw 1960, 10 jeweils ohne eigene Begr.

Der bwVGH¹⁾, der in jüngster Zeit (1958) über die Frage der Kommunalisierbarkeit der Leichenbeförderung zu entscheiden hatte, und sie ebenfalls bejahte, führt unter Bezugnahme auf die in BW geltenden gesundheitspolizeilichen Vorschriften über die Bestattung²⁾ aus:

"Schon die über den Transport von Leichen erlassenen Vorschriften lassen erkennen, daß der Leichentransport nicht nur gesundheitspflegerische, sondern sogar erhebliche gesundheitspolizeiliche Bedeutung hat; dies gilt nicht nur für den Leichentransport von einer Gemeinde in die andere, sondern auch innerhalb einer Gemeinde. Vor allem aber gewinnt der Leichentransport für die Frage seiner Kommunalisierung deshalb eine erhebliche volksgesundheitliche Bedeutung, weil die Leichen ausschließlich aus hygienischen und gesundheitspolizeilichen Gründen kurzfristig in die Leichenhallen zu verbringen und ebenfalls binnen kurzer Zeit zu bestatten sind. Die Einhaltung der Fristen bedingt ein jederzeit zuverlässiges und reibungsloses Funktionieren der Leichentransporte. Die Möglichkeit der Ausschaltung eines unzuverlässigen privaten Leichentransportunternehmers, die aus gewerberechtlichen Gründen ohnehin nur bei schweren Verstößen gegen Recht und Ordnung in Frage kommen kann, bietet keine ausreichende Garantie dafür, daß dieses öffentliche Bedürfnis vom privaten Leichentransportgewerbe restlos und zufriedenstellend befriedigt wird... Für die Einführung des B-Zwangs auf diesem Gebiete ist die unmittelbare Einflußnahme der Ge-

1) v. 9.12.1958 BestGew 1959, 34

2) zit. bei GAEDKE, Handbuch S. 184

meinde auf den Leichentransport das Entscheidende".¹⁾
SCHEIDEMANTEL²⁾ ist der Ansicht, daß beim Leichen-
transport im Normalfall, d.h. wenn der Verstorbene
nicht an einer ansteckenden Krankheit gelitten habe,
keine gesundheitlichen Gesichtspunkte berührt würden,
da die Überführung der Leiche stets alsbald nach Ein-
tritt des Todes erfolge zu einem Zeitpunkt, in dem
eine Zersetzung der Leiche noch nicht eingetreten
sei. Anders sei es jedoch bei Leichen von Personen,
die an einer ansteckenden Krankheit verstorben seien.
Die Verwesung der Leiche trete hier schneller ein,
und es komme darauf an, durch ein besonders ausge-
bildetes Personal Vorsorge zu treffen, daß bei dem
Leichentransport keine Gefährdung der Volksgesund-
heit eintrete. In diesen Fällen stelle der Leichen-
transport daher eine Einrichtung der Volksgesundheit
dar. Wenn diese Fälle auch relativ selten aufträten,
so genügten sie doch, um den Leichentransport
schlechthin als eine der Volksgesundheit dienende
Einrichtung aufzufassen.

Die Meinungen des VGH Freiburg, des bwVGH und SCHEI-
DEMANTELS sowie die Ansichten derjenigen, die teils
mit ähnlicher, teils ohne jegliche Begründung die
Zulässigkeit eines B-Zwangs für die Leichenbeför-
derung bejahen³⁾, halten kritischer Prüfung nicht
stand.

Zunächst sei festgestellt, daß Gegenstand eines Lei-

1) so bwVGH v. 9.12.1958 BestGew 1959, 34f.

2) Diss.A-u.B-Zwang S. 153

3) vgl. BRUNNER, Bestattungsrecht S. 93; SUREN-LOSCHEL-
DER, Komm.z.DGO Bd.I S. 305; KUNZ-GUBA-THEISSIG,
Komm.z.DGO S. 90; KALTENHAUSER, Bestattungsanstal-
ten BayBm 1952, 222; MUNTZKE-SCHLEMP, Komm.z.he-
GemO S. 403; HELMREICH-WIDTMANN, Komm.z.bayGemO S.
448; s.a. die oben S. 98 Anm.2 zit. Autoren

chentransports immer eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechend eingesargte Leiche ist, die innerhalb der vorgeschriebenen Fristen¹⁾ vom Sterbehause zur Leichenhalle, zum Friedhof oder Krematorium überführt wird, gleichgültig, ob es sich um "normale" oder um "gefährliche" Leichen handelt. In jedem Falle sind die Leichen so eingesargt, daß keine Leichenflüssigkeit nach außen dringen und gesundheitsschädigend wirken kann. Es handelt sich also beim Leichentransport immer nur um einen reinen B e f ö r d e - r u n g s v o r g a n g , bei dem gesundheitspflegerische Gesichtspunkte überhaupt keine Rolle spielen, und bei dem es gleichgültig ist, ob private oder kommunale Leichenwagenfahrer die Leichen befördern.²⁾ Es könnte allenfalls daran gedacht werden, daß sich anlässlich eines Verkehrsunfalles der Sarg einer mit einer ansteckenden Krankheit behafteten Leiche öffnete und sich hierdurch Ansteckungsgefahren für die am Unfall Beteiligten ergäben. Diese Gefährdungsmöglichkeit besteht jedoch auch bei einem gemeindlichen Leichentransport.

Die Ansicht des bwVGH³⁾, daß kommunale Dienstkräfte die bestehenden gesetzlichen Vorschriften besser beachten und demgemäß auch besser beaufsichtigt werden könnten als private, ist eine schwer zu beweisende Behauptung und entbehrt heute der Lebenserfahrung.⁴⁾ Bejaht man mit dem bwVGH die Zulässigkeit der Ein-

1) vgl. oben S. 95

2) ebenso VwG Neustadt v.20.4.1954 - 1 K 158/53 I - nicht veröffentl.; LEIDINGER, Kritik BestGew 1959, 38 sowie K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 891

3) v.9.12.1958 BestGew 1959, 34

4) vgl.oben S. 91 Anm. 4

führung eines B-Zwangs aus Gründen der Erleichterung einer Überwachungspflicht oder mit der ungewöhnlich weiten Interpretation des Begriffs "der Volksgesundheit dienenden Maßnahme" des VGH Freiburg¹⁾, so müßte es möglich sein, das gesamte Gesundheitswesen (z.B. das Krankenhauswesen, insbes. die Krankenbeförderung) zu kommunalisieren, denn dann würden "durch Zusammenfassung von Zuständigkeiten die Voraussetzungen zu einer umfassenden gesundheitspflegerischen Organisation geschaffen und durch Vorausplanung dem Eintritt von Tatumständen vorgebeugt, denen im einzelnen wegen ihrer Auswirkung auf die öffentliche Gesundheit später polizeilich entgegengewirkt werden müßte".²⁾ Träfe die weitere Folgerung des bwVGH zu, der Leichentransport sei kommunalisierbar, weil die die Leichenbeförderung betreffenden bundes- und landesrechtlichen Vorschriften ausschließlich zum Schutze der Volksgesundheit erlassen worden seien, so könnten Gemeinden z.B. den Bereich der gesamten Lebensmittelherstellung und den Lebensmittelverkauf, für die ebenfalls strenge gesundheitspflegerische Vorschriften bestehen³⁾, kommunalisieren. An eine derartig weite Ausdehnung des gemeindlichen Satzungsrechts des A- und B-Zwangs haben jedoch weder die Gesetzgeber der DGO noch die der heute geltenden westdeutschen Ländergemeindeordnungen gedacht, abgesehen davon, daß heute keine Gemeinde ernsthaft in Erwägung ziehen dürfte, z.B. die Krankenbeförderung oder den Lebensmittelvertrieb in ihrem Gemeindegebiet

1) v.23.3.1953 DVBl 1953, 635

2) so die Begr. des VGH Freiburg (s.Anm.1)

3) vgl. LebensmG v.17.1.1936 idF v.21.12.1958 (SARTORIUS 34)

zu kommunalisieren, etwa mit der Begründung, die einschlägigen gesundheitspflegerischen Vorschriften qualifizierten diese Tätigkeiten zu "ähnlichen der Volksgesundheit dienenden Einrichtungen".¹⁾

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß der Leichentransport keine der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Einrichtung ist und deshalb nicht Gegenstand eines B-Zwangs sein kann.²⁾

b) überörtliche Beförderung

Unter der überörtlichen Leichenbeförderung ist der Leichentransport von einer Gemeinde in die andere zu verstehen. Gegenstand einer überörtlichen Leichenbeförderung sind entweder die Leichen von Personen, die nicht in ihrer Heimatgemeinde verstorben sind und nach dorthin überführt werden oder solche, die in ihrer Heimatgemeinde verstorben sind, jedoch auswärts bestattet werden sollen.

Hinsichtlich der Frage der Kommunalisierbarkeit der überörtlichen Leichenbeförderung wird der Standpunkt vertreten, daß diese im Gegensatz zur örtlichen Beförderung keine der Volksgesundheit dienende Maßnahme sei. Als Begründung wird angeführt, der Leichen-

1) s.a. LEIDINGER, Kritik BestGew 1959, 39.

2) im Ergebnis ebenso: ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU: Komm.z.DGO S. 97; KERRL-WEIDEMANN, Komm.z.DGO S. 209; KIEFER-SCHMIDT, Komm.z.DGO S. 118; ZENGERLING, Benutzungszwang, Bestattungswesen 1936, 41; HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 33(76); FRIEDRICHS, Aufgaben S. 19; JELLINEK, VwR 1948 S.440; PETERS, Lehrbuch S. 301 Anm. 5; HELMREICH, Komm.z.bayGemO S. 91; SALZMANN-SCHUNCK, Selbstverwaltungsgesetz für RhPf S. 111; ODENBREIT, Komm.z.nwGemO S. 255; KOTTENBERG, Komm.z.nwGemO S. 36; RIETDORF, Ordnungsbehördengesetz S. 267; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 891; LEIDINGER, BestGew 1959, 38f.; s.a. VwG Neustadt v.20.4.1954 - 1 K 158/53 I - nicht veröffentl.; u.KÖTTGEN, Daseinsvorsorge S.70 Anm. 40

transport innerhalb einer Gemeinde bilde zusammen mit der Tätigkeit der Leichenbesorger eine Einheit, für die in Bezug auf den B-Zwang die gleiche rechtliche Behandlung zulässig sei. Eine neue Einheit zusammengehöriger Bestattungshandlungen beginne jedoch mit der Einsargung im Leichenhaus, wenn die Leiche nicht in dessen räumlichen Bereich in die Erde versenkt oder Feuerbestattet, sondern nach auswärts überführt werde. Da alle gesundheitlichen Vorichtsmaßnahmen vor der Verschließung des Sarges getroffen worden seien, ließe es sich nicht rechtfertigen, die Überführung des geschlossenen Sarges in eine auswärtige Gemeinde als eine der Volksgesundheit dienende Einrichtung anzusehen.¹⁾

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden; sie widerspricht sich selbst, denn beim Leichentransport innerhalb einer Gemeinde handelt es sich doch auch um einen verschlossenen Sarg, in dem die Leiche entsprechend den gesetzlichen Gesundheitsvorschriften eingebettet liegt.²⁾ Wenn aber tatsächlich bei der örtlichen Leichenbeförderung Belange der Volksgesundheit berührt werden sollten, so ist nicht einzusehen, warum diese nicht auch beim Leichentransport von einer Gemeinde in die andere gegeben sein sollten. Es geht nicht an, willkürlich eine Konstruktion zusammengehöriger Bestattungshandlungen vorzunehmen je nach dem, ob es sich um eine örtliche oder überörtliche Leichenbeförderung handelt. Beide, der Lei-

1) so bayVGH v.1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentlicht ebenso SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 154; - KUNZE-SCHMID, Komm.z.bwGemO Anm. I 2b zu § 11 sind der gleichen Ansicht, geben jedoch keine Begr.

2) vgl. oben S. 95

chentransport innerhalb einer Gemeinde und der von einer Gemeinde zur anderen müssen hinsichtlich der Frage ihrer Kommunalisierbarkeit notwendig derselben rechtlichen Beurteilung unterliegen.¹⁾

Die Unzulässigkeit der Kommunalisierung der überörtlichen Leichenbeförderung ergibt sich jedoch nicht in erster Linie aus der hier vertretenen Ansicht, daß der Leichentransport keine der Volksgesundheit dienende Tätigkeit ist, sondern schon daraus, daß das Satzungsrecht des A- und B-Zwangs der Gemeinden örtlich auf ihr Gemeindegebiet und personell auf ihre Gemeindebewohner beschränkt ist, und ein B-Zwang daher keine Rechtswirkungen außerhalb des Gemeindegebietes und für Nichtgemeindebewohner entfalten kann. Unterstellt, der "überörtliche" Leichentransport wäre kommunalisierbar, so erstreckte sich der B-Zwang wegen seiner örtlichen Beschränkung nur auf die Beförderung der Leiche vom Sterbehaus oder der Leichenhalle bis zur Gebietsgrenze der Gemeinde, wo der weitere Transport von der Nachbargemeinde übernommen werden müßte. An einer solchen Durchführung einer "überörtlichen" Leichenbeförderung dürften die Gemeinden jedoch in praxi kaum interessiert sein, abgesehen von den rechtlichen und technischen Schwierigkeiten, die sich dabei ergeben. Es ist also falsch, von einem "B-Zwang für eine überörtliche Leichenbeförderung" zu sprechen. Dieser ist rechtlich nicht und tatsächlich kaum möglich. Wäre der B-Zwang zulässig, so könnte der Transport immer nur ein örtlicher sein.

1) ebenso die zit. Entsch. des bwVGh v. 9.12.1958 BestGew 1959, 36, der allerdings die Kommunalisierbarkeit bejaht; s.a. K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 892 und LEIDINGER, Kritik BestGew 1959, 38

3. Lieferung von Särgen, Urnen, Sargausstattungen und Sterbewäsche

Auch für diese Bestattungsdienstleistungen ist von den Gemeinden vielfach ein B-Zwang angeordnet worden mit der Begründung, nur durch das einheitliche Zusammenspiel aller Bestattnungsmaßnahmen könne eine vorbeugende Abwehr gesundheitlicher Gefahren erreicht werden. Für die Lieferung von Särgen, Urnen und Sterbewäsche müsse die Zulässigkeit eines B-Zwangs schon deshalb bejaht werden, weil dadurch die pünktliche Lieferung und einwandfreie Ausführung dieser Bestattungsgegenstände gewährleistet würden.¹⁾

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Die Lieferung von Särgen, Urnen, Sargausstattungen und Sterbewäsche ist keine der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Bestattungshandlung. Sargaus schmückungen und die Anlegung von Sterbewäsche und Totenschmuck erfolgen ausschließlich aus Gründen der Pietät und Ästhetik. Gesetzliche, insbes. gesundheitspflegerische Vorschriften bestehen hierfür nicht. Wenn auch die Bestattung in Särgen (für die Feuerbestattung in Urnen) und die Sargbeschaffenheit (leichtes verwesliches Holz) zwingend vorgeschrieben ist²⁾,

1) vgl. die schon zit. Urteile des bayVGh v.1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentl. und des bwVGh v.9.12. 1958 BestGew 1959, 34, die über die Rechtsgültigkeit von Gemeindesatzungen zu entscheiden hatten, in denen ein B-Zwang sowohl für die Leichenbeförderung als auch für die Lieferung von Särgen, Urnen und Sterbewäsche angeordnet worden war. Beide Gerichte erklärten die Satzungen insoweit für ungültig, als sie einen B-Zwang für die Lieferung von Särgen, Urnen und Sterbewäsche vorsahen; s.a. KALTENHAUSER, Bestattungsanstalten BayBm 1952, 223f, der nicht nur die Sarglieferung und Ausschmückung des Sarges, sondern sogar "Totengeläute und dergl." für kommunalisierbar hält, weil dieses alles zum Begriff der "schicklichen Totenbestattung" i.S. von Art. 149 bayVf gehöre.

2) vgl. GAEDKE, Handbuch S. 138 und die dort in Anm. 44 zit. bundes- u. landesrechtlichen Vorschriften

so muss eine Sarg-(Urnen-)lieferung noch keine der Volksgesundheit dienende Maßnahme sein. Die Herstellung von Särgen (Urnen) und Sargausstattungen geschieht idR durch private handwerkliche oder industrielle Unternehmen, die ihrerseits die bestehenden einschlägigen Vorschriften zu beachten haben und demgemäß beaufsichtigt werden können. Die Tätigkeit eines privaten Bestattungsunternehmens - soweit ihm nicht selbst ein solcher Handwerksbetrieb eingegliedert ist - oder einer gemeindeeigenen Bestattungsanstalt kann sich daher nur auf die Vermittlung von Särgen (Urnen) und Sargausstattungen beschränken. Eine bloße Vermittlung fremder Leistungen, mögen diese auch aus volksgesundheitlichen Gründen für die Bestattung notwendig sein¹⁾, kann aber niemals eine der Volksgesundheit dienende kommunalisierbare Tätigkeit sein.²⁾

§ 15 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen:

Friedhöfe, Krematorien und Leichenhallen sind kommunalisierbare Bestattungseinrichtungen. Eine Kommunalisierung ist jedoch nicht erforderlich, weil jeweils für diese Einrichtungen ein allgemeiner gesetzlicher bzw. rechtlicher B-Zwang (Leichenhallen) schon besteht, der die Einführung eines durch Satzung angeordneten gesetzlichen B-Zwangs überflüssig macht. Hinsichtlich der Bestattungsdienstleistungen stellt lediglich die Leichenbehandlung eine der Volksgesundheit dienende (kommunalisierbare) Tätigkeit dar. Eine Kommunalisierung ist nur dann zulässig, wenn das in

- 1) zweifelnd bwVGh v.9.12.1958 BestGew 1959,36: "Wenn das Holz für Särge weich und leicht verweslich sein muß, so dient dies nicht gesundheitspflegerischen Forderungen, sondern dem Zweck, daß die Gräber nach einer bestimmten Zeit zur Neubelegung wieder zur Verfügung stehen sollen."
- 2) ebenso: bayVGh v.1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht öffentl.; bwVGh BestGew 1959, 34; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S.155; LEIDINGER, BestGew 1959,37

der Gemeinde ansässige private Bestattungsgewerbe unzuverlässig und nicht in der Lage ist, eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Leichenbehandlung zu gewährleisten. Anderenfalls verstößt die gemeindliche Satzung sowohl gegen eine gesetzliche Voraussetzung des B-Zwangs ("dringendes öffentliches Bedürfnis") als auch gegen das Übermaßverbot (Unverhältnismäßigkeit des Mittels). Die Leichenbeförderung sowie die Lieferung von Särgen, Urnen, Sargaus schmückungen und Sterbewäsche sind nicht kommunalisierbar und können deshalb nicht Gegenstand eines B-Zwangs sein.

In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, daß Gemeinden und Kirchengemeinden als Eigentümer von Friedhöfen in Friedhofsordnungen vielfach Fahrverbote für private Leichenwagenfahrer, Grabpflegemonopole für gemeindliche Friedhofsgärtner und Kunststeinverbote vorschreiben. Ob und inwieweit Gemeinden und Kirchengemeinden befugt sind, derartige Anordnungen in ihren Friedhofsordnungen zu treffen, ist eine Frage, die heute in Wissenschaft und Rechtsprechung lebhaft streitig ist. Diese "Grenzen und zulässigen Inhalt von Friedhofsordnungen" betreffende Frage muß hier jedoch unerörtert bleiben, da sie über den Rahmen dieser Schrift hinausgeht.¹⁾

- 1) Für die Zulässigkeit eines Fahrverbotes auf Friedhöfen für private Leichenwagenfahrer haben sich ausgesprochen: BERNER, Bestattungswesen S. 122; BRUNNER, Bestattungsrecht S. 93; KALTENHÄUSER, Bestattungsanstalten BayBM 1952, 224; OLG München v. 9.5.1952 DVBl 1952, 529 sowie BGHZ v. 13.7.1954 E 14, 294 = NJW 1954, 1483.

AM: DREYER, Diss. Gemeindemonopol S. 45f.; K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 893; OLG Stuttgart v. 16. 10. 1958 NJW 1959, 246 mit krit. Anm. v. F. SCHMIDT, NJW 1959, 1328; s.a. HÄNDEL, Gewerbefreiheit Best-Gew 1959, 54ff.

Die Zulässigkeit eines Grabpflegemonopols für

Friedhofsgärtner wird bejaht von RGZ 157, 246 und BGHZ v.18.11.1955 E 19, 130; vgl. hierzu Krit. BACHOFs, Freiheit S. 181 Anm. 103 und S. 206 Anm. 194; s.a. bayVGh v.3.12.1959 bayVwBl 1960, 56 AM: HOFMANN, Diss.A-u.B-Zwang S. 33; FLEINER, Institutionen S. 302(318); ZEITLER-BITTER-v.DERSCHAU, Komm.z.DGO S. 81; GAEDKE, Handbuch S. 71; K.HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 892; ZEITLER, Probleme StuKomVw 1960, 11

Gegen die Zulässigkeit eines allgemeinen Kunststeinverbotes auf Friedhöfen haben sich ausgesprochen: BACHOF, Rechtsnatur AöR 78, 84ff.; MÜLLENBUSCH, Reform, Gemeinde 1954, 252 mit Entwurf einer Friedhofsordnung; GÖB, Entwicklung Gemeinde 1956, 139; SONNTAG, Rechtsprechung, Gemeinde 1958, 43; K.HURST S. 892; s.a.: LVG Köln v.19.4.1955 DöV 1956, 58; LVG Hannover v.24.11.1955 DStT 1956, 246; VGh Stuttgart v.25.2.1958 DöV 1958, 498 - Kritik an diesen Entscheidungen übt SCHEUNER, Fragen, Gemeinde 1956, 75 und ebendort 1957, 5; s.a. bayVGh v. 18.5.1960 VwRspr 12, 951-961 (952), der eine Friedhofssatzung insoweit für nichtig erklärt, als sie generell das Aufstellen von polierten Grabsteinen verbietet.

T e i l I I I

Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zum Grundgesetz§ 16 Allgemeines

Das Verhältnis des A- und B-Zwangs zum Grundgesetz, insbes. zu Art. 14 GG, ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil es auch das Ziel dieser Schrift ist, die Möglichkeit einer etwaigen Enteignungsentschädigung für die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gemeindebewohner zu untersuchen.

Die Anordnung eines A- und B-Zwangs greift notwendig einschneidend in die Rechts- und Freiheitssphäre der Gemeindegewohner, insbes. in deren Eigentum und Berufsfreiheit, ein. So werden die Gemeindegewohner durch die Zwangsbenutzung der Müllabfuhr zur Aufstellung von Mülltonnen und zur Schaffung geeigneter Abstellräume auf ihren Grundstücken gezwungen. Bei der Zwangsbenutzung gemeindlicher Kanalisations- und Wasserleitungsanlagen werden die Gemeindegewohner verpflichtet, Ausgrabungen und das Legen von Rohren und Wasserleitungen auf ihren Grundstücken zu dulden. Sie dürfen nicht mehr, wie es in § 903 BGB heißt, nach Belieben mit ihrem Eigentum an den Grundstücken und den darauf befindlichen Brunnen verfahren und insbesondere nicht mehr Trinkwasser aus den Brunnen schöpfen. Neben diesen Beeinträchtigungen der Eigentums-sphäre der betroffenen Grundstückseigentümer greift der A- und B-Zwang oftmals noch viel stärker in die Rechts- und Freiheitssphäre der privaten Gewerbetreibenden der Gemeinde ein. Bei einer Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr wird die Tätigkeit privater Unternehmer auf diesen Gebieten durch das rechtliche

Monopol der Gemeinde verboten¹⁾ und auch tatsächlich unmöglich gemacht. Denn nach Verkündung der den A- und B-Zwang anordnenden Satzung werden die Gemeindeglieder zur Vermeidung gemeindlicher Zwangsmittel nur noch die jeweils zur Verfügung gestellte gemeindliche Einrichtung benutzen, so daß für die privaten Unternehmer auch tatsächlich keine Möglichkeit mehr besteht, ihr Gewerbe auszuüben, es sei denn, daß sie die Leichen ihrer eigenen Anverwandten bestatten und ihre eigenen Müll- und Fäkalienabfälle beseitigen.²⁾

1) vgl. oben S. 60ff.

2) FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 104 und SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 28(31) sehen die privaten Gewerbetreibenden der Gemeinde nur als "mittelbar" Betroffene und als "Nichtpflichtige" hinsichtlich des A- und B-Zwangs an, da ihnen nur tatsächlich die Kundschaft genommen werde, weil die Satzung sie nicht unmittelbar und rechtlich, sondern nur mittelbar und faktisch berühre. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. FRITZ und SCHEIDEMANTEL, die in der Anordnung eines A- und B-Zwangs nur die Begründung eines faktischen Monopols für die Gemeinde erblicken, (vgl. oben S.61 u. S.62 Anm. 3) gehen davon aus, daß ein faktisches Monopol auch nur faktische Eingriffe erzeugen könne. Bejaht man diesen Satz, so ist gleichwohl die hier gezogene Konsequenz falsch. Denn die Gewerbetreibenden der Gemeinde sind, eben weil sie Gemeindeglieder sind, ebenso an die Gebote und Verbote der Satzung gebunden wie alle übrigen Gemeindeglieder; sie sind also auch "Pflichtige" hinsichtlich des gemeindlichen Zwangs und werden durch ihn unmittelbar in ihren Rechten betroffen. Die Frage nach ihrer "Pflichtigkeit" kann nicht einmal nach ihrer Stellung als Gewerbetreibende und zum anderen nach ihrem Betroffensein als Gemeindeglieder beantwortet, sondern muß notwendig einheitlich beurteilt werden. Zu welchen rechtsirrigen Ergebnissen die Ansicht von dem nur "mittelbaren Betroffensein" der Gewerbetreibenden führt, zeigt sich bei SCHEIDEMANTEL S. 138, der für diese das Vorliegen einer Enteignung ablehnt, weil ein die Enteignung auslösender Eingriff unmittelbar erfolgen müsse.

So wird den privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmen die wirtschaftliche Existenz genommen; sie verlieren ihr "Eigentum" am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und in ihre gem. Art. 12 I GG geschützte "Freiheit des Berufs" wird eingegriffen.

Es fragt sich, ob diese durch den A- und B-Zwang bewirkten Eingriffe in die Freiheits- und Eigentums-sphäre der Grundstückseigentümer und Gewerbetreibenden der Gemeinde mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für den A- und B-Zwang sind also zunächst die Art. 12 I und 14 GG. Das Grundrecht aus Art. 2 I GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) und der allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt der Rechtsgütertrias ("Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung, Sittengesetz") werden erst dann aktuell, wenn festgestellt werden sollte, daß der A- und B-Zwang nicht mit Art. 12 I GG vereinbar ist. Ist der A- und B-Zwang jedoch mit Art. 12 I GG vereinbar, so ist er durch einen im GG selbst enthaltenen speziellen Gesetzesvorbehalt gedeckt (Art. 12 I 2 GG) und es kann nicht daneben noch der generelle Gemeinschaftsvorbehalt aus Art. 2 I GG Platz greifen, sondern allenfalls die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 II GG eine Schranke ziehen.¹⁾

Damit wird der Standpunkt eingenommen, daß Art. 12 I GG eine Spezialvorschrift ist, die das Recht der Berufsfreiheit ohne Bindung an das Grundrecht aus Art. 2 I GG regelt, das nur als "lückenschließendes Auffangrecht überall dort subsidiär eingreift, wo andernfalls ein grundrechtlich nicht geschützter Frei-

1) so bayVGH v.1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentlicht.

heitsraum entsteht."¹⁾

Bevor im einzelnen das Verhältnis des A- und B-Zwangs zum Grundgesetz erörtert wird, muß zunächst die Zulässigkeit eines B-Zwangs für die oben S. 88ff. behandelten Bestattungseinrichtungen und -dienstlei-

- 1) so BVfG v.16.1.1957 E 6, 32 = JZ 1957, 167 = NJW 1957, 297, seitdem in ständ.Rspr.: vgl. BVfG v. 11.6.1958 E 7, 377; v. 17.12.1958 E 9, 63 (73); v. 29.7.1959 E 10, 58; v.17.11.1959 E 10, 199; ebenso schon vorher BVwG in ständ. Rspr.: vgl. BVwGE 1, 51; 2, 93; 2, 327; s.a. BGHSt Gutachten v. 28.4.1952 DVBl 1953, 471.
AM z.B. vorher OVG Münster v.11.4.1951 VwRspr 4,652 und v.9.11.1951 E 5, 152. In seiner Entsch. v. 23.11.1959 - III A 575/59 - DGemStZ 1960, 23 hat sich jedoch das OVG Münster die Meinung des BVfG zu eigen gemacht und soweit ersichtlich, ist heute kein Gericht mehr gegenteiliger Ansicht. In der Wissenschaft scheint indessen der Streit noch nicht endgültig abgeklungen zu sein, obschon eine Annäherung der Standpunkte sich abzeichnet. So sagt BACHOF, Freiheit S. 167: "Rechtstechnisch betrachtet sind also die besonderen Freiheitsrechte Spezialregelungen gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Art. 2 I GG ist demnach zwar Aufgangsnorm für alle nicht einzelgrundrechtlich geschützten Betätigungen; soweit aber die Handlungsfreiheit durch ein Einzelgrundrecht besonders geschützt ist, bemißt sich die Reichweite dieses Schutzes allein nach dem letzteren." Nach Meinung von Hans J. WOLFF, VwR I § 33 IV S. 152, hat Art. 2 I GG eine doppelte Bedeutung: "Er ist nicht nur ein besonderes (Auffang-)Freiheitsrecht neben Art. 4, 5, 8-13 GG, sondern, worauf seine Stellung nach Art. 1 und vor Art. 2 II GG hinweist, außerdem ein allgemeiner Leitrechtssatz und eine Auslegungsregel, die vor und über allen besonderen Freiheitsrechten steht." Zustimmend MAUNZ-DÜRIG, GG RNr. 71 zu Art. 2 I; s.a. RNr. 72: Die Schrankentrias "als mittelbarer Verfassungsvorbehalt zur Interpretation 'immanenter' Schranken aller Grundrechte." Eine Fülle weiterer Nachweise gibt KLEIN in v.MAN-GOLDT-KLEIN, BGG Anm. VI 5 S. 390f.; KLEIN schließt sich im Ergebnis der Rechtsauffassung des BGH, des BVwG und der heutigen Meinung des BVfG an, ist jedoch der Ansicht, daß Art. 2 I GG "kein selbständiges Grundrecht, wohl aber eine aktuell geltende Norm des objektiven (Verfassungs-)Rechts ist." vgl. Anm. III 4 b S. 167

stungen (insbes. für die Leichenbeförderung) unterstellt werden; denn anderenfalls erübrigte sich die Prüfung, inwiefern private Bestattungsunternehmer in ihren verfassungsrechtlichen Grundrechten - Berufs- (Gewerbe-)freiheit, Eigentum (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) - verletzt würden, weil dann die den B-Zwang anordnende Satzung als solche schon als gesetzes- und damit als verfassungswidrig anzusehen ist.¹⁾ Insbesondere würde das Problem, ob die Anordnung eines B-Zwangs für private Bestatter eine entschädigungspflichtige Enteignung auslöst, nicht aktuell, da eine Enteignung nur durch oder auf Grund eines g e s e t z m ä ß i g e n hoheitlichen Eingriffs erfolgen kann.²⁾ Zwar sind nach der Rechtsprechung des BGH auch "unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre eines Einzelnen dann wie eine Enteignung zu behandeln, wenn sie sich für den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer Wirkung als eine Enteignung darstellen würden, und wenn sie in ihrer tatsächlichen Wirkung dem Betroffenen ein besonderes Opfer auferlegt haben."³⁾

Diese Rechtsprechung des BGH ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben und die Rechtsfigur des "enteignungsgleichen Eingriffs" ist heute noch nicht so geklärt, daß sie als ein fester Bestandteil einer allgemeinen Rechtsauffassung angesehen werden könnte.⁴⁾

1) VGH Freiburg v.26.3.1953 DVBl 1953, 637

2) vgl.statt vieler: v.MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm.VII 7 S. 446; s.a. BGHZ v.9.5.1960 DVBl 1960, 557

3) so BGHZ v.10.6.1952 E 6, 270(280); s.a. BGHZ v.16.10.1952 E 7, 296ff; v.12.4.1954 E 13, 86ff. und v.25.5.1959 E 30, 123(125)

4) vgl.Hans J.WOLFF, VwR I § 67 I S.354 u. das dort zit.Schrifttum

Aus diesem Grunde und auch zur Gewährleistung einer einheitlichen Beurteilung der durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden (Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer) wird im folgenden davon ausgegangen, daß die Einführung eines B-Zwangs für Bestattungseinrichtungen (insbes. für die Leichenbeförderung) gesetzmäßig und daher zulässig ist. Anderenfalls müßte im folgenden jeweils unterschieden werden zwischen unzulässigen und zulässigen Kommunalisierungen von Bestattungseinrichtungen und der zulässigen Kommunalisierung von Müll- und Fäkalienabfuhereinrichtungen.

§ 17 Das Verhältnis zu Art. 12 I GG

Durch die Kommunalisierung von Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhereinrichtungen wird die Tätigkeit privater Unternehmer auf diesen Gebieten verboten, in ihre "Berufsfreiheit" wird eingegriffen. Bevor die Frage nach der Zulässigkeit dieses Eingriffs beantwortet werden kann, bedarf es zunächst einiger grundsätzlicher Betrachtungen zu Art. 12 I GG.

Art. 12 I GG schützt nach herrschender Lehre nicht nur die Freiheit der Berufswahl (die Wahl des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte), sondern die Berufsfreiheit¹⁾ schlechthin, zu der auch die Berufsaufnahme (Berufsbeginn) und die Berufsausübung gehören. Dies folgt daraus, daß das Recht, einen Beruf frei zu "wählen", nicht nur die innere Entschlußfreiheit, sondern notwendig auch das Recht zur Verwirklichung dieses Entschlusses beinhaltet.²⁾

1) auch die in § 1 GewO verbürgte Gewerbebefreiheit, da jedes Gewerbe "Beruf" i.S. von Art. 12 I GG ist; s. dazu BACHOF, Freiheit S. 186 mit weiteren Nachweisen.

2) BACHOF, Freiheit S. 191

Wie die Abgrenzung zwischen "Wahl" und "Ausübung" eines Berufs vorzunehmen sei, und ob der Gesetzgeber auch "regelnd" in die Berufswahl eingreifen könne, war lange Zeit umstritten.¹⁾ Umstritten war weiterhin, ob Art. 12 I GG auch solche beruflichen Tätigkeiten umfaßte, die in unselbständigen Formen ausgeübt werden, und ob "Beruf" i.S. Art. 12 I GG einem traditionell oder rechtlichen fixierten "Berufsbild" entsprechen müsse oder nicht.²⁾

Das BVfG hat mit seiner Entscheidung vom 11. 6. 1958 (Apothekenurteil)³⁾, der sich Rechtsprechung und Wissenschaft teils kritisch, aber doch im Ergebnis zustimmend angeschlossen haben⁴⁾, endgültig diesem Streit ein Ende gesetzt. Danach erstreckt sich die Regelungsbefugnis nach Art. 12 I 2 GG sowohl auf die Berufsausübung wie auch auf die Berufswahl, doch nicht auf beide in gleicher Intensität. Eine Regelung der Berufswahl ist nur dann zulässig, wenn sie auch für die Berufsausübung erforderlich ist. "Inhaltlich ist sie umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, umso enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt."

Das BVfG hat weiterhin klargestellt, daß Art. 12 I GG

- 1) vgl. hierzu die eingehende Erörterung bei v.MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. IV zu Art. 12 S. 364 - 372
- 2) vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Anm. III 2 b u. c zu Art. 12 S. 359-363; BACHOF, Freiheit S. 187-189 jeweils mit einer Fülle weiterer Nachweise.
- 3) E 7, 377-444 = JZ 1958, 472 = DVBl 1958, 500 = NJW 1958, 1035
- 4) vgl. etwa: BVwG v. 17. 7. 1958 NJW 1958, 1840 und v. 19. 12. 1958 JZ 1959, 609; ferner: BACHOF, zum "Apothekenurteil" JZ 1958, 468-471; SCHEUNER, Berufsfreiheit DVBl 1958, 845-849; LERCHE, zum "Apothekenurteil" bayVwBl 1958, 231ff; BACHOF, Freiheit S. 155 - 265 passim

sowohl die selbständig als auch die unselbständig ausgeübte berufliche Tätigkeit schützt und "das Grundrecht gewährleistet, jede e r l a u b t e Tätigkeit als Beruf zu ergreifen¹⁾", auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten 'Berufsbild' entspricht." Das Grundrecht gewinne so Bedeutung für alle sozialen Schichten, die Arbeit als Beruf habe für alle gleichen Wert und gleiche Würde²⁾.

"Beruf" i.S. von Art. 12 I GG ist demnach jede erlaubte, zum Erwerb des Lebensunterhaltes dienende nicht nur gelegentliche Tätigkeit ohne Beschränkung auf traditionell oder rechtlich fixierte "Berufsbilder".³⁾

Wendet man diese Ausführungen auf die privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmen an, so ergibt sich, daß ihre Tätigkeit "Beruf" i.S. von Art. 12 I GG ist und den Freiheitsschutz dieser Grundrechtsbestimmung genießt. Die Tatsache, daß ihrer Tätigkeit kein rechtlich fixiertes "Berufsbild" zugrunde liegt, ist unerheblich⁴⁾. Unerheblich ist

- 1) auch die Rechtmäßigkeit einer Tätigkeit "ist für den Berufsbegriff oder jedenfalls für die Berufsfreiheit von Bedeutung"; so BACHOF, Freiheit S.190 mit Bezug auf den von KLEIN in v.MANGOLDT-KLEIN Anm. III 1 a zu Art. 12 S. 359 dargelegten Gesichtspunkt der "Sozialwertigkeit" des angestrebten Tätigkeitserfolges.
- 2) so BVfG E 7, 377(397)
- 3) in Anlehnung an BVfG E 7, 397 und Hans J.WOLFF, VwR I § 33 V 12 S. 159; s.a. BVwGE 1, 54
- 4) Die GewO hat die Tätigkeit der privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmen von keiner Erlaubnis abhängig gemacht; weder Aufnahme noch Betrieb, weder die Person des Unternehmens noch die Anlage bedürfen einer gewerberechtlichen Genehmigung. Vgl. LANDMANN-ROHMER, Komm.z.GewO 10.Aufl. Bd. I Anm. 12 zu § 1 S. 85f.; Anm. 2 zu § 10 S. 132; Anm. 9 zu § 36 S. 423; Bd. II Anm. 5 zu § 105 S. 111; s.a. VwG Darmstadt v.11.7.1957 - IV 336/57 - nicht veröffentl.(für das Bestattungs-

ferner, ob ihre Tätigkeit selbständig oder unselbständig ausgeübt wird - man denke an Leichen-(Müll-)wagenfahrer oder Leichenbesorger, die im Auftrage großer Bestattungs-(Müllabfuhr-)unternehmen tätig sind. Allein entscheidend ist, daß ihre Tätigkeit erlaubt ist, dem Erwerb des Lebensunterhaltes dient und nicht nur gelegentlich ausgeübt wird. Diese Voraussetzungen sind gegeben.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Berufsfreiheit der privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs in zulässiger Weise "geregelt" wird, maW: Ist die Anordnung eines A- und B-Zwangs mit dem in Art. 12 I GG geschützten Recht der Berufsfreiheit der betroffenen Gewerbetreibenden vereinbar?

Eine Kommunalisierung von bestimmten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrereinrichtungen bewirkt, daß private Unternehmer auf diesen Gebieten nicht mehr tätig werden können. In ihre Berufsausübung wird nicht nur "regelnd" eingegriffen, sondern durch das rechtliche Monopol der Gemeinde wird sie schlechthin verboten. Da die berufliche Tätigkeit der Bestattung, der Müll- und Fäkalienabfuhr von keinem Privaten in der Gemeinde mehr aufgenommen werden darf, bewirkt die Kommunalisierung auch zugleich eine "Regelung" der Berufswahl.

gewerbe). Gemäß § 14 GewO ist lediglich der Beginn des Betriebes bei der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde anzuzeigen; vgl. LANDMANN-ROHMER Bd. I zu § 14 Anm. 3 i - Ein traditionell fixiertes Berufsbild dieser Unternehmen dürfte jedoch gegeben sein, zumindest für das Bestattungsgewerbe, weil dieses anderenfalls nicht die Bedeutung und den Umfang hätte erreichen können, die es heute besitzt.

I. Die Regelung der Berufsfreiheit durch "Gesetz"

Nach Art. 12 I 2 GG kann die Berufsausübung durch "Gesetz" geregelt werden. Daß auch die Berufswahl dieser gesetzlichen Regelung unterliegt, ist bereits ausgeführt. Da die Satzung über den A- und B-Zwang lediglich materiellen Gesetzescharakter hat, ist zu prüfen, ob sie "Gesetz" i.S. von Art. 12 I 2 GG ist.

Die noch überwiegende Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung versteht unter "Gesetz" i.S. von Art. 12 I 2 GG nur ein Gesetz im formellen Sinne, da der Begriff "Gesetz" im Grundgesetz als "terminus technicus" mit dieser alleinigen Auslegungsmöglichkeit verwendet worden sei.¹⁾

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Ihr ist zunächst entgegenzuhalten, daß der Grundgesetzgeber das Wort "Gesetz" keineswegs einheitlich i.S. eines nur förmlichen Gesetzes als terminus technicus verwendet hat, denn sonst hätte er sich z.B. in Art. 104 I 1 GG den Zusatz "förmliches" Gesetz ersparen können. Die Uneinheitlichkeit der Verwendung des Begriffs "Gesetz" im Grundgesetz beweisen weiterhin: Art. 2 II 3; 14 I 2; 14 III 2; 15; 16 und 19 I 1 GG, in denen sich die Formulierungen "auf Grund eines Gesetzes", "durch die Gesetze" sowie "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" - man möchte meinen - in offensichtlich wahlloser Gebräuchlichkeit finden. DÜRIG hat im Hinblick auf Art. 2 II 3 GG, der die

1) vgl.: ABRAHAM, BK Anm. I 4 zu Art. 12 und Anm. II e zu Art. 19 GG; v. MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. V 6 zu Art. 12 GG S. 386; HAMANN, GG Anm. 7 zu Art. 12 GG S. 140; BVerfGE v. 3.5.1956 E 3, 254 (256); BGHZ v. 16.11.1956 E 22, 167 (173); - aM z.B. BACHOF, Freiheit S. 210f; LERCHE, Grundrechtsbegrenzungen DVBl 1958, 525-534; DÜRIG in: MAUNZ-DÜRIG, GG RNR. 6 u. 7 zu Art. 2 II GG

Formulierung "auf Grund eines Gesetzes" verwendet, die bei der Auslegung des Wortes "Gesetz" im Grundgesetz auftretenden Schwierigkeiten dadurch zu lösen versucht, daß er sagt: "Wo das Grundgesetz, wie in Art. 2 II 3 GG, nur von Eingriffen 'auf Grund eines Gesetzes' spricht und im übrigen die Förmlichkeit des Gesetzes nicht ausdrücklich fordert, genügt es, wenn die Eingriffs-voraussetzung der Sache nach in einem förmlichen Gesetz normiert ist, also ihre Rechtsgrundlage in einem Parlamentsgesetz hat."¹⁾

LERCHE wendet ähnliche Überlegungen auf die Formulierung "durch Gesetz" im GG an und sagt: "'Durch Gesetz' ist eine Regelung dann getroffen, wenn das formelle Gesetz die sachliche Entscheidung trifft, gleichgültig, ob damit schon unmittelbar das Grundrecht für den Einzelnen eingeschränkt ist oder nicht."²⁾

Diese von DÜRIG und LERCHE angestellten Überlegungen können ohne Bedenken für die hier zu entscheidende Frage übernommen werden, ob die den A- und B-Zwang anordnende Satzung "Gesetz" i.S. von Art. 12 I 2 GG ist. Träfe die Ansicht zu, die als "Gesetz" i.S. von Art. 12 I 2 GG nur ein formelles Gesetz ansieht, so könnten nur die den A- und B-Zwang regelnden Bestimmungen der förmlich erlassenen Ländergemeindeordnungen die Berufsfreiheit der Privaten wirksam regeln. Dies ist jedoch nicht möglich, denn v o r Erlass einer den A- und B-Zwang anordnenden Satzung besteht zwischen der Gemeinde und den privaten Unternehmern lediglich ein latenter Rechtszustand; die Privaten sind nicht an der Wahl und Ausübung ihres Berufs ge-

1) so DÜRIG in: MAUNTZ-DÜRIG, GG RNr 6 u. 7 zu Art. 2 II GG

2) LERCHE, Grundrechtsbegrenzungen DVBl 1958, 524 (527, 530); zustimmend wohl BACHOF, Freiheit S. 211

hindert und ihre Berufsfreiheit wird nicht "geregelt". Erst mit dem Erlass der Satzung erfolgt unmittelbar der Eingriff in ihre Berufsfreiheit. Da die Voraussetzungen dieses Eingriffs der Sache nach in einem förmlichen Gesetz (den Ländergemeindeordnungen) normiert sind, und Art. 12 I 2 GG die Förmlichkeit des Gesetzes nicht ausdrücklich fordert, muß die den A- und B-Zwang anordnende Satzung als ein die Berufsfreiheit regelndes Gesetz i.S. von Art. 12 I 2 GG angesehen werden.¹⁾

- 1) Ebenso, ohne sich allerdings mit dem Problem überhaupt zu befassen, die bereits erörterten Entsch. des VGH Freiburg v.26.3.1953 DVBl 1953, 637, des bayVGH v. 1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentl. und des VwG Darmstadt v.11.7.1957 - IV 336/57 - nicht veröffentl.; s.a. FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 98; SCHEIDEMANTEL, Diss.A-u.B-Zwang S. 29 - Das BVwG, das in seiner Entsch. v.29.11.1956 DöV 1958, 126 die Verfassungsmäßigkeit des Schlachthauszwangs nach einer Hamburger Ortssatzung untersucht, läßt die Frage dahingestellt, da bei einer etwaigen Ungültigkeit der Satzung die entspr. Bestimmung des § 5 hmbG v.19.3.1894 betr. den Schlachthauszwang an ihre Stelle trete, diese Bestimmung jedoch zweifellos Gesetzescharakter habe. Nach Meinung des bwVGH v.9.12.1958 BestGew 1959, 37 bewirke nicht erst die Satzung, sondern bereits § 18 DGO die Regelung der Berufsfreiheit nach Art. 12 I 2 GG (ohne Begr.). Diese Ansicht ist rechtsirrig, denn wären § 18 DGO und die entspr. Bestimmungen der westdeutschen Ländergemeindeordnungen "mittelbare" Regelungen der Berufsfreiheit, wie der bwVGH offensichtlich meint, so müßten sie "eine bestimmte Tätigkeit regeln, ohne Rücksicht darauf, in welchem Beruf sie sich verwirklicht, und zwar entweder hinsichtlich der zu ihrer Vornahme erforderlichen Voraussetzungen oder hinsichtlich der Art und Weise ihrer Vornahme", wie es z.B. § 1 GaststättenG macht. Vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Anm. V 4 b zu § 12 S. 397f. Diese Voraussetzungen einer "mittelbaren" Berufsregelung sind jedoch bei den den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeordnungen nicht gegeben.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch auf einem anderen Wege. Gemäß Art. 1 III GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.¹⁾ Dieser unmittelbaren Grundrechtsbindung müssen auch die autonomen Satzungen²⁾ unterliegen, die "aus einer vom Staate eingeräumten eigenen Rechtsetzungsgewalt des Verbandes, insbesondere der Gemeinden und Gemeindeverbände (sog. Autonomie), hervorgehen."³⁾ Denn der Staat kann selbstverständlich den Organen der mittelbaren Staatsverwaltung in keiner Weise mehr an Kompetenzen einkürzen, als er selbst besitzt. Er kann sie insbesondere auch niemals von der ihn selbst treffenden unmittelbaren Grundrechtsbindung freistellen. Gerade eben zur Erzwingung dieser Grundrechtsbindung behält er sich die staatliche Rechtsaufsicht vor, wie z.B. in § 19 nWGemO.⁴⁾

Die Satzungen des A- und B-Zwangs sind solche autonomen Satzungen, da sie aus einer vom Staate eingeräumten eigenen Rechtsetzungsgewalt der Gemeinden (Art. 28 II GG) hervorgehen. Demgemäß sind die Gemeinden bei deren Erlass als Träger "vollziehender Gewalt" ebenso an die Grundrechte, also auch an Art. 12 I GG, gebunden wie der "Staat", d.h. die Träger "vollziehender Gewalt" auf Bundes- oder Landesebene.⁵⁾ Daraus

- 1) inhaltlich ebenso Art. 20 III GG, soweit er sich auf den Grundrechtsteil des GG bezieht. Vgl. HAMANN, GG Anm. 10 zu Art. 20 S. 181; zur Bindungswirkung des GG im allgemeinen vgl. ARNDT, Bindungswirkung BB 1960, 993ff.
- 2) zur Definition vgl. Hans J. WOLFF, VwR I § 25 IX a) S. 102 und oben S. 20 der Schrift
- 3) wie Anm. 2)
- 4) MAUNZ-DÜRIG, GG RNr. 11, 113, 114 zu Art. 1 III GG s.a. LERCHE, Grundrechtsbegrenzungen DVBl 1958, 530 Anm. 67
- 5) s.a. Hans J. WOLFF, VwR I § 23 I b) 1 S. 85

folgt, daß die Gemeinden mit der Anordnung eines A- und B-Zwangs die Berufsfreiheit der privaten Unternehmer wirksam "regeln" und demgemäß die Satzungen des A- und B-Zwangs "Gesetz" i.S. von Art. 12 I 2 GG sein können.

II. Die "Stufenordnung" für eine Regelung der Berufsfreiheit

Für die Regelung der Berufsfreiheit nach Art. 12 I 2 GG hat der Gesetzgeber folgende "Stufenordnung" zu beachten:

- a) Die Freiheit der Berufsausübung darf nur beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen.
- b) Die Freiheit der Berufswahl darf nur beschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend gebietet und die Beschränkung auch zugleich zur Regelung der Berufsausübung erforderlich ist.
- c) In jedem Falle muß der Gesetzgeber den Eingriff auf derjenigen "Stufe" vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Berufsfreiheit zur Folge hat, d.h. der Eingriff darf nicht außer Verhältnis stehen zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit der Privaten (Prinzip der Verhältnismäßigkeit)¹⁾.

Bei Berücksichtigung dieser "Stufen" ergibt sich für die Frage, ob die Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr mit. Art. 12 I GG vereinbar ist, folgendes:

- 1) so BVfGE 7, 405-408; - die weiteren vom BVfG entwickelten "Stufen" für Berufszulassungsregelungen (subjektive und objektive Zulassungsvoraussetzungen) kommen für die privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer nicht in Betracht und bleiben deshalb unerörtert. vgl. hierzu: WOLFF, VwR I § 33 V

Da die Kommunalisierung dieser Einrichtungen nicht nur eine "Regelung" der Berufsausübung, sondern auch zugleich eine solche der Berufswahl der Privaten bewirkt¹⁾, ist also nach den "Stufen" b) und c) zu prüfen, ob der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter in Frage steht, und ob die Beschränkung der Berufsfreiheit durch die Kommunalisierung zwingend geboten, d.h. der einzige geeignete Weg ist, diesen Schutz der Gemeinschaftsgüter zu gewährleisten.

Durch die Kommunalisierung von Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrreinrichtungen sollen Gefahren für die Volksgesundheit (insbes. Ansteckungsgefahren durch gemeingefährliche Krankheiten), die bei dem Betriebe dieser Einrichtungen entstehen können, abgewehrt werden. Unbestritten ist, daß die Volksgesundheit ein "besonders wichtiges Gemeinschaftsgut" ist, dessen Schutz Einschränkungen der Berufsfreiheit rechtfertigt.²⁾ Unbestritten ist auch, daß der A- und B-Zwang (mit Ausnahme bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens³⁾) für die Müll- und Fäkalienabfuhr zum Schutze der Volksgesundheit unumgänglich ist. Denn der Schutz der Volksgesundheit ist ja gerade Tatbestandsvoraussetzung für die Kommunalisierung nach den A- und B-Zwang regelnden Vorschriften der westdeutschen Ländergemeindeordnungen. Fraglich ist jedoch, ob die Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr der e i n z i g e geeignete Weg ist, den Schutz der Volksgesundheit sicherzustellen, maW: ist der durch

1) vgl. oben S. 118

2) vgl. BACHOF, Freiheit S. 244 mit weiteren Nachweisen

3) vgl. oben S. 107f.

die Kommunalisierung bewirkte Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Unternehmer verhältnismäßig, d.h. zwingend geboten?

Nicht nur der Schutz der Volksgesundheit ist Tatbestandsvoraussetzung des A- und B-Zwangs, sondern zugleich muß als weiteres Erfordernis ein "dringendes öffentliches Bedürfnis"¹⁾ den Zwang rechtfertigen. Die Voraussetzung "dringendes öffentliches Bedürfnis" beinhaltet zugleich den Bestimmungsfaktor für das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das die Gemeinden bei der "Regelung" der Berufsfreiheit der privaten Unternehmer zu beachten haben. Denn ist ein "dringendes öffentliches Bedürfnis" für die Kommunalisierung nicht gegeben, d.h. sind in der Gemeinde zuverlässige private Unternehmer tätig, die ebenso gut wie die gemeindlichen Einrichtungen den Schutz der Volksgesundheit gewährleisten können, so verstieße eine dennoch vorgenommene Kommunalisierung nicht nur gegen eine gesetzliche Voraussetzung des A- und B-Zwangs, sondern auch gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit des gesetzlichen Eingriffs in die Berufsfreiheit und damit gegen Art. 12 I GG²⁾.

Es ist also festzustellen: Eine Kommunalisierung von Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuereinrichtungen ist mit Art. 12 I GG nur dann vereinbar, und eine "Regelung" der Berufsfreiheit der privaten Unternehmer ist auch n u r d a n n zwingend geboten (das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt), wenn die gesetzliche Voraussetzung "dringendes öffentliches Bedürfnis" für den Zwang gegeben ist; wenn also die in der Gemeinde vorhandenen Bestattungs-, Müll-

1) vgl. oben S. 48ff

2) s.a. oben S. 92

und Fäkalienabfuhrunternehmer

- a) das allgemeine Gebrauchsbedürfnis der Gemeindebewohner nicht befriedigen können oder
- b) unzuverlässig und nicht in der Lage sind, den Interessen der Volksgesundheit zu genügen.

Im Falle a) haben die Gemeinden jedoch noch zu prüfen (dies folgt weiterhin aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit), ob sie nicht das mangelnde Leistungsvermögen der privaten Unternehmer durch finanzielle Hilfe oder Einstellung zusätzlicher Dienstkräfte steigern und die Unternehmer dann im Wege des "A- und B-Zwangs zugunsten privater Unternehmer"¹⁾ mit der tatsächlichen Durchführung des Zwangs betrauen können.

Der A- und B-Zwang ist also grundsätzlich mit Art. 12 I GG vereinbar.²⁾ Die Frage, ob das Prinzip der Verhältnismäßigkeit für die Regelung der Berufsfreiheit der privaten Unternehmer gewahrt ist, bestimmt sich nach dem Vorhandensein eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses", nach einer gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzung, die der richterlichen Kontrolle unterliegt.³⁾

Mit den hier dargelegten Grenzen für den kommunalen Gesetzgeber nach Art. 12 I 2 GG ist zugleich eine dem Sinn des Grundrechts der Berufsfreiheit und seiner Bedeutung im Rahmen der Tätigkeit der privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer Rechnung tragende Auslegung gegeben worden, die zu einer sachgemäßen Begrenzung der Regelungsbefugnis des kommunalen

1) vgl. oben S. 54a ff

2) im Ergebnis ebenso die auf S. 121 Anm. 1 zit. Lit. und Rspr.; s.a. RINGS, Verwaltungsmonopole NJW 1957, 657

3) str. vgl. oben S. 51ff; s.a. BVfGE 7, 377 (409ff)

len Gesetzgebers führt. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob sich aus der Schranke des Wesensgehalts (Art. 19 II GG) weitere Grenzen für die Gemeinden ergeben würden und wie sie im einzelnen zu ziehen wären.¹⁾

§ 18 Das Verhältnis zu Art. 14 GG

Bei der Prüfung des Verhältnisses des A- und B-Zwangs zu Art. 14 GG ist zu unterscheiden einerseits zwischen den durch die Einführung eines A- und B-Zwangs betroffenen Grundstückseigentümern und andererseits zwischen den betroffenen privaten Gewerbetreibenden der Gemeinde.²⁾

1) vgl. BVfGE 7, 377(409); Hans J. WOLFF, VwR I § 33 V 12 S. 160. - In der Entsch. des BGHSt (Gutachten) v. 28.4.1952 DVBl 1953, 471(473f) wird zwar auf die Wesensgehaltsschranke des Art. 19 II GG zurückgegriffen, jedoch mit Argumenten, die das BVfGE 7, 377(405ff) im wesentlichen in seiner "Stufenordnung" übernommen hat. In dem Gutachten des BGHSt heißt es: "Ein Grundrecht wird durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angegriffen, wenn durch den Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, u n - b e d i n g t u n d z w i n g e n d gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache g e - r i n g s t m ö g l i c h e n Umfang vorgenommen werden und muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht grundsätzlich und im weitest möglichen Umfang Raum zu lassen."

2) Es könnte noch daran gedacht werden, daß der A- und B-Zwang auch in die Rechte der Mobiliareigentümer der Gemeinde eingriffe, d.h. in die Rechte derjenigen, die durch die Einführung eines A- und B-Zwangs hinsichtlich der Müllabfuhr und Kanalisation zur Eigentumsaufgabe an Müll und Abwässern "gezwungen" würden. (vgl. FRITZ, Diss. A- u. B-Zwang S. 103f.) Die Annahme, daß dieser Eingriff eine Enteignung bedeutet, scheidet jedoch von vornherein aus, da der A- und B-Zwang für diese Eigentumsaufgabe nicht kausal ist, denn auch ohne gemeindlichen Zwang würden die Mobiliareigentümer freiwillig ihr

I. Die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Grundstückseigentümer

Die durch die Einführung eines A- und B-Zwangs betroffenen Grundstückseigentümer der Gemeinde sind diejenigen, die bei einer Kommunalisierung von gemeindlichen Wasserleitungs- und Kanalisationsanlagen das Legen von Wasserleitungen, Rohren und dergl. auf ihren Grundstücken zu dulden haben, und die aus ihren eigenen Brunnen kein Trinkwasser mehr entnehmen dürfen.

Es fragt sich: Sind diese durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs bewirkten Eingriffe in die Eigentums-sphäre der Grundstückseigentümer entschädigungspflichtige Enteignungen i.S. von Art. 14 III 1 GG oder stellen sie lediglich entschädigungslose Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums i.S. von Art. 14 I 2 GG dar?

Worin die Grenze und das Unterscheidungsmerkmal zwischen entschädigungsloser Pflichtbindung des Eigentums und einer Enteignung zu erblicken ist, war seit jeher und ist auch heute noch eine Streitfrage, die Rechtsprechung und Wissenschaft mit recht unterschiedlichen Theorien und Kriterien zu lösen versuchen. Zur Beantwortung der hier zu entscheidenden Frage und besonders hinsichtlich der später zu erörternden Frage, ob die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden der Gemeinde Anspruch auf eine Enteignungsentschädigung haben, bedarf dieser Streit einer näheren Untersuchung.

Der in Ableitung aus den Enteignungsgesetzen des 19.

Eigentum an Müll und Abwässern aufgeben (Dereliktion, § 959 BGB). Aus diesem Grunde erübrigt es sich, die betroffenen Mobiliareigentümer der Gemeinde in den folgenden zu erörternden Problemkreis mit hineinzunehmen.

Jahrhunderts¹⁾ geprägte sogen. "klassische Enteignungsbegriff" ("Übertragung von Grundeigentum durch gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt auf ein im öffentlichen Interesse liegendes Unternehmen")²⁾ hat schon z.Zt. der WRV (Art. 153 WRV) durch die Rechtsprechung des RG eine Ausdehnung erfahren auf den sogen. "erweiterten Eigentumsbegriff", dessen kennzeichnendes Kriterium nur noch der Einzeleingriff war. So verstand man unter dem verfassungsrechtlichen "Eigentum" nicht nur das dingliche Eigentum i.S. von § 903 BGB, sondern auch alle privaten Vermögensrechte, wie Forderungen, Mitgliedschaftsrechte und Urheberrechte³⁾.

Nach der Rechtsprechung des RG wurde damals die Enteignung angesehen als "derjenige von einem übergeordneten öffentlichen Zweck geforderte durch Gesetz oder gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt vorgenommene Eingriff in vermögenswerte Privatrechte von einzelnen Personen oder Personengruppen, der in Gestalt der Entziehung oder der Beschränkung des Rechts die betroffenen Rechtsträger ungleich trifft und sie zu einem besonderen den übrigen Rechtsträgern nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt".⁴⁾

Der BGH definierte in seiner bekannten Grundsatzentscheidung vom 10. 6. 1952⁵⁾ den Begriff der Enteignung

1) z.B. bayEnteignG v. 17.11.1837 und prEnteignG v. 11.6.1874; s.weitere Nachweise bei HUBER, WirtschaftsvwR II S.61

2) Hans J.WOLFF, VwR I § 62 II a) S. 325

3) vgl. die Nachweise bei Hans J.WOLFF, VwR I § 62 II b S. 326 und WEBER, Eigentum S. 338-344

4) vgl.Hans J.WOLFF, VwR I § 62 II b 4 und die Zitate in BGHZ 6,270(276); bei FORSTHOFF, VwR I 6.Aufl. S. 278f. Anm. 1 sowie bei WEBER, Eigentum S.339

5) BGHZ 6, 270ff.

nung folgendermaßen: "Die Enteignung stellt einen staatlichen Eingriff in das Eigentum dar, sei es in der Gestalt der Entziehung oder Belastung, der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders, trifft und sie zu einem besonderen, den Übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreis der Rechtsträger einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes besonders trifft. Der Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz kennzeichnet die Enteignung."

Mit dieser Definition der Enteignung hat der BGH die sogen. "Einzeleingriffstheorie" des RG in modifizierter Form aufrechterhalten, indem er wegen des ausdrücklichen Abstellens auf den Gleichheitsgrundsatz "einen weniger formalen und quantitativen, sondern mehr materiellen und qualitativen Wertungsmaßstab" aufgestellt hat.¹⁾

Im Gegensatz zu dieser Einzeleingriffstheorie des RG und des BGH stehen die sogen. "materiellen Enteignungstheorien", so die von JELLINEK²⁾ geschaffene

1) so v. MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. VII 4 zu Art. 14 S. 443; s.a. Hans J. WOLFF, VwR I § 60 und § 62 III S. 317(329): Ein die Enteignung charakterisierender Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sei dann zu bejahen, "wenn die Rechtsfolge des Eingriffs nicht geknüpft ist an ein Essentiale des Interessengegenstandes, das dessen objektiven Wert bestimmt, sondern an ein dafür unwesentliches Akzidens, so daß nicht sämtliche Träger gleicher Interessen getroffen werden, sondern nur diejenigen, bei denen die besonderen akzidentellen Momente gegeben sind."

2) Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen Berlin 1929; ders. VwR 1948 S. 413

"Schutzwürdigkeitstheorie", die "Substanzminderungstheorie" SCHELCHERS¹⁾, die der Schutzwürdigkeitstheorie ähnliche "Zumutbarkeitstheorie" STÖDTERS²⁾ sowie die "Aufopferungstheorie" FORSTHOFFS³⁾.

Diese Theorien sehen das kennzeichnende Unterscheidungsmerkmal zwischen dem entschädigungsfreien und dem entschädigungspflichtigen Eingriff in das Eigentum darin, ob der Eingriff schutzwürdig bzw. nach Intensität, Schwere und Umfang den Betroffenen zuzumuten sei oder nicht und bejahen eine entschädigungspflichtige Enteignung dann, wenn das Eigentum in seiner Substanz getroffen wird.

Angesichts der Vielfältigkeit der durch die bisherigen Versuche zur Unterscheidung der entschädigungslosen Pflichtbindung des Eigentums zur entschädigungspflichtigen Enteignung vorgeschlagenen und in Wissenschaft und Rechtsprechung ausgiebig behandelten Abgrenzungskriterien würde deren vollständige Erörterung den Rahmen dieser Schrift sprengen. Hingewiesen sei deshalb nur darauf, daß die heute weitaus überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Lehre sich die modifizierte "Einzeleingriffstheorie" des BGH in mehr oder weniger ergänzender und abgewandelter Form zu eigen gemacht und die Schutzwürdigkeits-, Substanzminderungs-, Zumutbarkeits- und Aufopferungstheorie, die wegen ihrer unsicheren - teils subjektiven, teils objektiven - Wertungsmaßstäbe und der daraus folgenden Rechtsunsicherheit die Grenze zwischen Pflichtbindung

1) AöR NF 18, 321ff. (Enteignung)

2) Entschädigung, S. 190ff; ders. Enteignungsbegriff DöV 1953, 97ff. und 136ff.

3) VwR I 6. Aufl. S. 286

und Enteignung fließend machten¹⁾, abgelehnt hat.²⁾

Für die hier zu entscheidende Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, welchem Lösungsversuch hinsichtlich der Abgrenzung der Pflichtbindung des Eigentums zur Enteignung der Vorzug zu geben ist. Denn nach allen Ansichten bewirkt die Einführung eines A- und B-Zwangs für die durch ihn betroffenen Grundstückseigentümer keine Enteignung, sondern nur eine Eigentumsbindung. Alle Lösungsversuche gehen entweder von dem Merkmal eines Einzeleingriffs oder von der nach seinen Folgen zu beurteilenden Art des Eingriffs aus oder verbinden

- 1) vgl. etwa: BGHZ 6, 270(282f) und Hans J. WOLFF, VwR I § 62 III 2 c S. 330
- 2) vgl. WEBER, Eigentum S. 374, der "zur Ergänzung der Einzelaktslehre" auf das Kriterium der "Zweckentfremdung" abstellt, das ebenfalls von HUBER, WirtschaftsVwR II S. 23ff., von v. MANGOLDT-KLEIN Anr. VII 2 a zu Art. 14 S. 440 sowie vom BVwGE 3, 337; 4, 60 als wesentlich angesehen wird; s. a. WESTERMANN, Sachenrecht 4. Aufl. § 28 II S. 120ff., der zur Ergänzung der Einzelaktstheorie und des Gleichheitsgesichtspunktes das Merkmal der "Zumutbarkeit" heranzieht, da die Frage, inwiefern rechtlich gleiche Tatbestände gleich zu behandeln seien, immer von der Frage der Zumutbarkeit des Opfers im konkreten Falle abhinge. Die Einzelaktstheorie des BGH wird ohne wesentliche Abweichungen ferner bejaht von: PAGENKOPF, Freiheit NJW 1952, 1196; GIESE, Enteignung DRiZ 1953, 61; SCHACK, Eigentumsentziehungen NJW 1954, 577; HAMANN, GG S. 151; Hans J. WOLFF VwR I § 62 III S. 329; LANDMANN-GIERS-PROKSCH, VwR I S. 178f. mit weiteren Nachweisen. - In seinen späteren Entsch. hat der BGHZ die in E 6, 270ff. aufgestellten Grundsätze dadurch modifiziert und verfeinert, daß er mehr und mehr auf die "Situationsgebundenheit", d. h. "auf die Natur des in Betracht kommenden Eigentums" abstellt; vgl. BGHZ v. 26.11.1954 E 15, 268(271); v. 20.12.1956 E 23, 30(32); v. 25.6.1959 E 30, 338. Einen guten Überblick über die Entwicklung dieser Rechtsprechung des BGH gibt die Entsch. BGHZ 30, 338ff.

beide Kriterien.¹⁾

Nach der Einzelaktstheorie kann in der Anordnung eines A- und B-Zwangs für die durch sie betroffenen Grundstückseigentümer keine Enteignung liegen, weil der Zwang nicht einen Grundstückseigentümer allein, sondern die Gesamtheit derjenigen betrifft, deren Grundstücke an eine betriebsfertige gemeindliche Wasserleitung grenzen, und alle diejenigen, die aus ihren eigenen Brunnen kein Trinkwasser mehr entnehmen dürfen. Alle Grundstücks-(Brunnen-)eigentümer der Gemeinde werden durch den Zwang einheitlich und unterschiedslos in ihren Rechten sozial gebunden. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt nicht vor.

Auch nach der A r t (Umfang, Schwere, Tragweite) des Eingriffs kann keine Enteignung vorliegen, denn der A- und B-Zwang bewirkt für die betroffenen Grundstückseigentümer nur eine g e r i n g f ü g i g e , im Verhältnis zu den ihnen verbleibenden Rechten, z u m u t b a r e Eigentumsbeschränkung, die die S u b s t a n z ihres Eigentums (Grundstücke und Brunnen) unberührt läßt. Die Eigentumsbeschränkung liegt darin, daß sie trotz ihres Herrschaftsrechtes an ihren Grundstücken und Brunnen (§ 903 BGB) zu bestimmten Duldungen verpflichtet sind. Sie haben das Legen von Rohren und Wasserleitungen auf ihren Grundstücken zu dulden und dürfen kein Trinkwasser mehr aus ihren Brunnen entnehmen. Der Zwang, das Legen von Rohren und Wasserleitungen auf den Grundstücken zu dulden, ist für die Interessengegenstände (die Grundstücke)

1) ebenso OVG Münster v. 5. 11. 1958 - III A 824/58 - E 14, 170 (176)

"eigentümlich"¹⁾ und "essentiell"²⁾, denn auch ohne den gemeindlichen Zwang müßten die Grundstückseigentümer Leitungen und Rohre auf ihren Grundstücken legen lassen, um ihre Lebensbedürfnisse (Wasserbedarf, Abwässerbeseitigung) befriedigen zu können. Der Eingriff ist auch zumutbar und läßt die Substanz des Eigentums, d.h. die sonstigen Herrschaftsrechte der Grundstückseigentümer an ihren Grundstücken (Veräußerung, Belastung) unberührt.

Werden Grundstückseigentümer mit eigenen Brunnen von dem A- und B-Zwang betroffen, so ist dieser Eingriff in ihr Eigentum ebenfalls im Vergleich zu den ihnen verbleibenden Rechten zumutbar und berührt die Substanz ihres Eigentums nicht. Denn die Grundstückseigentümer sind lediglich gehalten, kein Trinkwasser mehr aus ihren Brunnen zu entnehmen, sie dürfen jedoch weiterhin Wasser für andere Zwecke (zur Viehtränke, Gartenbewässerung und dergl.) aus ihnen schöpfen. Die Zurückstellung ihrer Interessen ist kein "Schaden". Ihren Ausgleich findet sie unmittelbar an der Teilhabe der Person an der gemeindlichen Einrichtung und mittelbar an der Förderung des gemeinschaftlichen (gesundheitlichen) Wohls.³⁾

Die Satzung des A- und B-Zwangs ist also für die betroffenen Grundstück-(Brunnen-)eigentümer der Gemeinde lediglich ein eigentumsbindendes Gesetz i.S. von Art. 14 I 2 GG⁴⁾. Daß die Satzung des A- und B-Zwangs

1) BGHZ 6, 270(279)

2) Hans J. WOLFF, VwR I § 60 S. 317 u. § 62 III 2 S. 329

3) Hans J. WOLFF, VwR I § 60 I S. 317

4) im Ergebnis ebenso: bayVGH v. 13.11.1953 E 7, 22; v. 17.12.1954 E 8, 15; OVG Münster v. 5.11.1958 E 14, 170(173); BVwG v. 25.2.1960 MdR 1960, 435 = DVBl 1960, 391; FRITZ, Diss. A-u. B-Zwang S. 102ff.; - anders ist jedoch die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Einführung eines A- und B-Zwangs hinsicht-

als nur materieller Rechtssatz diese Eigentumsbindung bewirken kann, bedarf keiner weiteren Erörterung, denn die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG wendet sich ebenso wie die Garantie der Berufsfreiheit des Art. 12 GG¹⁾ nicht nur an den Schöpfer förmlicher Gesetze (Bundes- und Landesgesetzgeber), sondern auch an die autonome Rechtsetzung durch Selbstverwaltungskörperschaften.²⁾

II. Die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden

Die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden der Gemeinde sind diejenigen, deren Gewerbeausübung bei einer Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der

lich einer gemeindlichen Wasserleitung den Verlust eines vertraglichen Rechtes zur Folge hat. In dem dem OVG Münster v.8.10.1958 - III A 262/55 - KStZ 1959, 106 (Leits.zit. Gemeinde 1959, 111) zu entscheidenden Falle hatte der Kl. vor Einführung des A- und B-Zwangs auf Grund eines mit der Gemeinde abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrages die gemeindliche Wasserleitung benutzt; in dem Vertrag war ein festes Benutzungsentgelt vereinbart worden. Nach der Einführung des A- und B-Zwangs verlangte die Gemeinde von dem Kl. die nunmehr erhöhten Benutzungsgebühren. Das OVG Münster hat zutreffend entschieden, daß durch die Einführung des Zwangs zwar der Vertrag des Kl. mit der Gemeinde gegenstandslos geworden sei und der Kl. die erhöhten Gebühren zahlen müsse, daß jedoch in dem Verlust des vertraglichen Rechtes eine Enteignung liege.

1) vgl. oben S. 119ff.

2) WEBER, Eigentum S. 355f. (363f.); v. MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. V 1 c zu Art. 14 S. 432; HAMANN, GG Anm. C 5 zu Art. 14 S. 150 jeweils mit weiteren Nachweisen; s.a. JESCH, Gesetz S. 139f.

Müll- und Fäkalienabfuhr durch das rechtliche Gemeindemonopol¹⁾ nicht nur verboten, sondern auch tatsächlich unmöglich gemacht wird.²⁾

Die heute noch überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft hat diesen durch einen A- und B-Zwang betroffenen Gewerbetreibenden stets eine Enteignungsentschädigung aberkannt mit der Begründung, eine solche von der zuständigen Stelle erlassene Rechtsnorm, die auf einem bestimmten Gebiete den Inhalt und Umfang von Rechten und Rechtsbefugnissen für die Zukunft allgemein regelt, stelle, möge sie dabei auch in bestehende Rechtsverhältnisse eingreifen, keine Enteignung i.S. von Art. 153 II WRV dar, sondern lediglich eine Inhaltsbestimmung und -beschränkung im Rahmen des Art. 153 I 2 WRV³⁾.

SUREN-LOSCHOLDER⁴⁾ sind die einzigen, die unter Hinweis auf die Entscheidung des RGZ 133, 124 eine eigene Begründung geben. Sie meinen: Wenn durch die Einfüh-

1) vgl. oben S. 60ff.

2) Als betroffene Gewerbetreibende kommen in erster Linie private Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmen in Betracht, nicht so sehr private Schlächter, die idR bei einem gemeindlichen Schlachthauszwang in dem gemeindlichen Schlachthaus weiter schlachten dürfen und deren Gewerbeausübung insofern nicht verboten wird.

3) so RGZ v.20.6.1931 E 133, 124 für das Gebiet der Müllabfuhr; ebenso, teils nur unter Berufung auf diese Entsch. des RGZ, teils ohne jegliche Begr.: OLG Schleswig v.3.1.1952 DSSt 1953, 208 (Müllabfuhr); bayVGh v.1.10.1954 - 61 IV 53 - nicht veröffentlicht. (Leichenbeförderung); bayVGh v.9.12.1958 BestGew 1959, 34 (Leichenbeförderung); v. LANGOLDT-KLEIN, BGG Ann. III b) zu Art. 14 S. 425 (Schlachthauszwang); HUBER, WirtschaftsVwR II S.28 (Müllabfuhr); K. HURST, Gemeindeeinrichtungen S. 874 (Müllabfuhr); SCHEIDEMANTEL, Diss. A+u. B-Zwang S. 138 (ganz allgemein) - vgl. zu diesem auch oben S.111 Anm. 2

4) Komm.z.DGO Bd. I S. 301f.

rung eines A- und B-Zwangs einem Unternehmer die Ausübung seines bisherigen Gewerbes unmöglich gemacht werde, so werde dadurch allein ein Recht auf Entschädigung des bisherigen Unternehmers nicht begründet, falls nicht Sondergesetze eine solche vorsähen. Es sei heute von der neuen Rechtsauffassung auszugehen, die den Gemeinschaftsbelangen gegenüber den privaten das unbedingte Übergewicht zugestehe und das Eigentum als einen Gemeinschaftswert und demgemäß als ein Rechtsgut ansehe, das um der Gemeinschaft willen dem Einzelnen von der Rechtsordnung gewährleistet und rechtlich geschützt werde. Die Treupflicht des Eigentümers gegenüber der Gemeinschaft verpflichte ihn zur Duldung gewisser, für die Allgemeinheit notwendiger Eingriffe und Vorkehrungen. Das Eigentum, wie überhaupt das Vermögen des Einzelnen, sei deshalb zugunsten der Gemeinschaft Bindungen und Verpflichtungen unterworfen. Auch aus Art. 153 WRV könne - wenn er überhaupt noch als geltendes Recht anzusehen sei - eine Entschädigungspflicht nicht hergeleitet werden, da § 18 DGO als ein Reichsgesetz den Gemeinden gestatte, einen A- und B-Zwang einzuführen, ohne hierfür den Gemeinden Entschädigungspflichten aufzuerlegen. ¹⁾

Bevor im einzelnen auf die zitierten Meinungen eingegangen werden kann, bedarf zunächst die Frage einer

- 1) So SUREN-LOSCHOLDER, Komm.z.DGO Bd. I S. 300f. Gegenteiliger Ansicht sind: VWG Darmstadt v.11.7. 1957 - IV 336/57 - nicht veröffentl., das eine Enteignungsentschädigung für ausgeschaltete private Bestattungsunternehmer bejaht; FRITZ, Diss.A-u. B-Zwang S. 107ff. bejaht allgemein eine Enteignungsentschädigung für ausgeschaltete Gewerbetreibenden, während v.KORNATZKI, Diss.A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S. 48 Anm. 1 ohne Begründung einen Aufopferungsanspruch "wohl als gegeben" ansieht. In den übrigen bisher erschienenen Diss. wird das Problem überhaupt nicht erörtert.

Untersuchung, in welches "eigentumswerte" Recht der privaten Gewerbetreibenden der A- und B-Zwang eingreift. MaW: Besitzen die von dem A- und B-Zwang betroffenen Gewerbetreibenden "eigentumswerte" Rechte, die Enteignungsobjekte i.S. des Art. 14 GG sein können?

1. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als "eigentumswertes" Recht i.S. von Art. 14 GG

Der A- und B-Zwang bewirkt unmittelbar mit dem Erlass der Satzung Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der privaten Unternehmer. Die Eingriffe bestehen darin, daß den Unternehmern durch das rechtliche Gemeindemonopol¹⁾ die weitere Ausübung entweder ihres gesamten Gewerbes (so den Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmern) oder eines Teils desselben (so den Bestattungunternehmern)²⁾ verboten wird. Ihnen wird durch die allgemein angeordnete Benutzungspflicht der zur Verfügung gestellten gemeindlichen Einrichtung der Kundenstamm entzogen. Die privaten Unternehmer sind dadurch gezwungen, insoweit ihren Gewerbebetrieb stillzulegen und ihre Betriebsmittel (insbes. Leichen- und Abfuhrwagen) zu veräußern. Insbes. die Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer, deren gesamter Gewerbebetrieb ausgeschaltet wird, müssen sich eine neue Existenzgrundlage schaffen.

Nach einhelliger Auffassung genießt heute das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb den Eigentumsschutz des Art. 14 GG.³⁾ Streitig war jedoch, welche Rechtsgüter des Rechts am eingerichteten und

1) vgl. oben S. 60b ff

2) da diese idR alle für die Bestattung notwendigen Dienstleistungen (s.dazu oben S.71) verrichten und sich der B-Zwang meist nur auf einen Teil des von ihnen ausgeübten Gewerbes (z.B. auf die Leichenbeförderung oder Leichenbehandlung) erstreckt.

3) BGHZ in ständ.Rspr. v.28.1.1957 E 23, 157 (161); v.30.9.1957 E 25, 266 (270); v. 25.6.1958 E 30, 338 (356); ebenso BVfG v. 30.4.1952 E 1, 264 (277); s.a. BVwG v. 3.5.1956 E 3, 254 (256f); WEBER, Eigentum S. 353; v.MANGOLDT-KLEIN, Anm. III b zu Art. 14 S. 424; WOLFF, VwR I § 62 III a); JANSSEN, Anspruch S. 68 jeweils mit weiteren Nachweisen.

ausgeübten Gewerbebetrieb dieses Schutzes teilhaftig waren. Die Rechtsprechung des RG bejahte eine Verletzung des Rechts am eingerichteten Gewerbebetrieb nur dann, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen den "Bestand" des Gewerbebetriebes richtete; "eine Schmälerung des wirtschaftlichen Gewinns, der Aussicht auf Erwerb" wurden als nicht ausreichend für den Eingriff in den Gewerbebetrieb und als nichtenteignungsfähige Objekte angesehen.¹⁾ Demgegenüber hat jedoch der BGH²⁾ im Hinblick auf den durch § 823 I BGB gewährten Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes ausgeführt, daß der Begriff des eingerichteten Gewerbebetriebes nur *e i n h e i t l i c h* gefaßt werden könne. Gerade so wie das Eigentum nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Ausstrahlungen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehe, werde auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur in dessen einzelnen Bestand, sondern auch in dessen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen sei, vor unmittelbaren Störungen bewahrt. Diese in Bezug auf den durch § 823 I BGB gewährten Schutz des eingerichteten Gewerbebetriebes entwickelten Grundsätze hat der BGH in seinen späteren Entscheidungen³⁾ im Hinblick auf den durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gewährten Schutz vor entschädigungsloser Enteignung übernommen und dargelegt: "Zum Gewerbebetrieb gehören nach heutiger Auffassung nicht nur Be-

1) RGZ v.17.2.1921 E 101, 335(337); v.2.6.1921 E 102, 223(225); v. 28.10.1929 E 126, 93(96)

2) BGHZ v.26.10.1951 E 3 270(279f.)

3) vgl. BGHZ v.28.1.1957 E 23, 157(163) = NJW 1957, 630 = BB 1957, 276; v.30.9.1957 E 25, 266(270); v.25.6.1958 E 30, 338(356)

triebsgrundstücke und -räume sowie die Einrichtungsgegenstände, wie Warenvorräte und die Außenstände, dazu gehören auch geschäftliche Verbindungen, Beziehungen, der Kundenstamm, kurz alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbetriebes ausmacht."¹⁾

Dieser Rechtsprechung unterliegen keine Bedenken.²⁾ Bei Berücksichtigung dieser Rechtsprechung und des eingangs Gesagten auf die Tätigkeit der privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer ist festzustellen: Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb dieser Unternehmer, zu dem auch der Kundenstamm und die Betriebsmittel (insbes. Leichen- und Abfuhrwagen) gehören, genießt den Eigentumsschutz des Art. 14 GG. In dieses "eigentumswerte" Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb greift der A- und B-Zwang unmittelbar mit dem Erlaß der Satzung ein.

Ob die Satzung lediglich Inhalt und Schranken dieses "eigentumswerten" Rechts bestimmt (Art. 14 I 2 GG), oder eine Enteignung bewirkt (Art. 14 III 1 GG), ist nach dem oben Erörterten zu beurteilen.³⁾

Auch für die hier zu entscheidende Frage kann dahin-

- 1) so BGHZ 23, 157(163); ebenso schon vorher BVfG v. 30.4.1952 E 1, 264(277), das es als berechtigt ansieht, "die Sach- und Rechtsgesamtheit, als die sich der Gewerbebetrieb darstellt, dem reinen Sacheigentum gleichzustellen", da es den heute allgemein herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen entspreche, das, was der Einzelne sich durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand erworben habe, im besonderen Sinne als sein Eigentum anzuerkennen und gegenüber Eingriffen als schutzwürdig anzusehen.
- 2) zustimmend: KLEINHOFF, Rechtsprechung DRiZ 1958, 167; SCHACK, Entschädigung BB 1959, 1259(1264); Hans J. WOLFF, VwR I § 62 III a) S. 327
- 3) vgl. oben S. 132f.

gestellt bleiben, welchem Lösungsversuch hinsichtlich der Abgrenzung der Pflichtbindung des Eigentums zur Enteignung der Vorzug zu geben ist. Denn nach allen Ansichten bewirkt die Einführung eines A- und B-Zwangs für die durch sie betroffenen Gewerbetreibenden keine Eigentumsbindung, sondern eine Enteignung, wie im folgenden darzulegen sein wird.

Nach der Einzelaktstheorie muß den privaten Gewerbetreibenden durch die Satzung ein besonderes Opfer auferlegt worden sein, das sie unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Vergleich zu anderen besonders trifft. Die Rechtsfolge des Eingriffs muß "nicht geknüpft sein an ein Essentiale des Interessengegenstandes, das dessen objektiven Wert bestimmt, sondern an ein unwesentliches Akzidens, so daß nicht sämtliche Träger gleicher Interessen betroffen werden, sondern nur diejenigen, bei denen die besonderen akzidentellen Momente gegeben sind."¹⁾

Zunächst sei bemerkt, daß von einem Einzeleingriff nur solange gesprochen werden kann, als die Zahl derer, die von dem Eingriff betroffen werden, bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der privaten Unternehmer beruht nicht auf einem konkreten und individuellen Verwaltungsakt, sondern auf einer abstrakten und generellen Rechtsnorm, der Ge-

1) so Hans J. WOLFF, VwR I § 62 III S. 329; Ähnlich BGHZ 6, 270(279), wenn er das Vorliegen einer Enteignung dann bejaht, wenn inhaltliche Begrenzungen der vermögenswerten Rechte vorgenommen werden, "die von nun an" nicht mehr "der betroffenen Gattung von Rechten allgemein eigentümlich sein sollen und dem Wesen des betroffenen Rechts nach" nicht mehr "eigentümlich sein können."

meindesatzung, also auf einem Gesetz.¹⁾ Wird durch ein Gesetz in das "Eigentum" eingegriffen, so könnte die Frage nach dem Vorliegen eines Einzeleingriffs und eines Sonderopfers deshalb zu verneinen sein, weil das Gesetz allgemein gilt, also keinen Einzelnen trifft und ein besonderes, über das Allgemeine hinausgehende Opfer gerade nicht abverlangt. Das Vorliegen eines Einzeleingriffs und die Möglichkeit der Auferlegung eines Sonderopfers durch Gesetz ist jedoch dann zu bejahen, wenn Gruppen von Einzelnen betroffen werden, die bestimmt oder doch zumindest bestimmbar sind.²⁾

Die von der Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden einer Gemeinde müssen also eine bestimmte, zahlenmäßig erfaßbare Gruppe von Personen sein, denen unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes, d.h. im Verhältnis zur Allgemeinheit (der Benutzungsverpflichteten und der Gewerbetreibenden derselben Branche in anderen Gemeinden) ein besonderes Opfer zum gemeinschaftlichen Wohle auferlegt worden ist.

Die Zahl der durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden der Gemeinde ist nach Inkrafttreten der Satzung von vornherein bestimmt, zumindest auf Grund von Unterlagen der Gewerbeaufsichtsbehörde der Gemeinde eindeutig bestimmbar. Ein

1) Hinsichtlich der Frage, ob die Satzung des A- und B-Zwangs als nur materieller Rechtssatz "Gesetz" i.S. von Art. 14 III 2 GG sein kann, gilt das oben S. 119ff. zu Art. 12 I 2 GG Gesagte entsprechend. Vgl. auch WEBER, Eigentum S. 381 mit Bezug auf JÖR NF 1, 150ff.: "'Gesetz' i.S. von Art. 14 III 2 GG können ... Satzungen sein."

Einzeleingriff liegt vor.¹⁾ Die Gewerbetreibenden werden im Verhältnis zu der Allgemeinheit der Benutzungsverpflichteten (Nichtgewerbetreibenden) der Gemeinde ungleich, besonders, betroffen. Jene sind lediglich verpflichtet, im Bedarfsfalle die zur Verfügung gestellte gemeindliche Einrichtung zu benutzen. Die Gewerbetreibenden trifft nicht nur diese Pflicht, sondern sie sind gezwungen, ihren Gewerbebetrieb stillzulegen und sich eine neue Lebensexistenz zu verschaffen. Auch im Verhältnis zu Gewerbetreibenden der gleichen Branche in anderen (kleineren) Gemeinden, die von dem Satzungsrecht des A- und B-Zwangs hinsichtlich des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr noch keinen Gebrauch gemacht haben, werden sie ungleich behandelt. Es kann nicht damit argumentiert werden, daß die Gewerbetreibenden in Gemeinden, die auf den genannten Gebieten noch nicht tätig geworden sind, in gleicher Weise gefährdet seien und insofern eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nicht gegeben sei. Eine gleiche Behandlung gleicher Interessen liegt deshalb nicht vor, weil bei diesen "freien" Gewerbetreibenden die wirtschaftliche Lebensexistenz erst bedroht, bei den durch den A- und B-Zwang betroffenen Gewerbetreibenden aber schon tatsächlich vernichtet wird.²⁾ Ihnen wird mit dem Inkrafttreten der Satzung, dem Hinzutreten eines "Akzidents", das "Essentiale", "Eigentümliche" ihres Rechts

1) Um evtl. Irrtümern vorzubeugen, sei gesagt, daß man diese Überlegung auch auf die oben S.133ff. erörterten durch den A- und B-Zwang betroffenen Grundstückseigentümer der Gemeinde anwenden könnte und man dann ebenfalls zu diesem Ergebnis gelangte. Wenn dies auch eingeräumt werden muß, so ist bei jenen noch keine Enteignung gegeben, da das ihnen auferlegte Opfer im Vergleich zu den nicht so betroffenen Grundstückseigentümern kein besonderes ist.

2) ebenso FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 110

am eingerichteten Gewerbebetrieb, die Möglichkeit der Ausübung ihres Gewerbes für immer entzogen. Durch die Satzung sind sie verpflichtet, "um dieses Akzidens willen dem gemeinschaftlichen Wohle das Essentiale" ihres Rechts "zum Opfer zu bringen".¹⁾ Die Zurückstellung ihrer Interessen ist deshalb ein "Schaden", für den die Gerechtigkeit zur Wiederherstellung der materiellen Gleichheit eine Entschädigung gebietet. Der gemeindliche Eingriff stellt sich daher als eine Entseignung dar.

Auch nach der Schutzwürdigkeits-, Zututbarkeits- und Substanzminderungstheorie kommt man zu diesem Ergebnis. Das s c h u t z w ü r d i g e Recht der privaten Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer, das Recht am eingerichteten und a u s g e ü b t e n Gewerbebetrieb, wird durch den A- und B-Zwang nicht nur in seiner S u b s t a n z g e t r o f f e n, sondern den Unternehmern völlig entzogen. Ihnen verbleiben zwar das Grund- und Mobiliareigentum (Betriebsgrundstücke, Einrichtungsgegenstände, Leichen- und Abfuhrwagen), die jedoch für sie durch das Gewerbeausübungsverbot und den Verlust des Kundenstammes nur noch einen geringen materiellen (substantiellen) Wert besitzen. Dieses den Gewerbetreibenden zum Wohle der Allgemeinheit auferlegte Opfer ist ihnen ohne Entschädigung u n z u m u t b a r.²⁾

1) Hans J. WOLFF VwR I § 60 I 3 S. 317

2) Im Ergebnis ebenso: VWG Darmstadt v. 11.7.1957 - IV 336/57 - nicht veröfftl. und FRITZ, Diss. A-u.B-Zwang S. 107ff. - Die Meinung von v. KORNATZKI, Diss. A-u.B-Zwang zugunsten privater Unternehmer S. 48 Anm. 1, der ohne Begründung eine Aufopferungsentschädigung bejaht, ist abzulehnen, da Ansprüche auf Aufopferung i.S. der §§ 74, 75 EinlALR nicht in Betracht kommen, soweit hoheitsrechtliche Eingriffe in vermögenswerte Rechte im weitesten Sinne, (wie hier Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten

Das erhaltene Ergebnis findet seine Rechtfertigung insofern, als schon § 7 prSchlachthausG vom 18. 3. 1868 für die durch eine Kommunalisierung ausgeschalteten privaten Schlachtbetriebe und § 1 des dem Reichsrat vom Reichsminister des Inneren am 24. 4. 1920 vorgelegten Entwurfes eines Kommunalisierungsgesetzes¹⁾ ganz allgemein für die durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden eine angemessene Entschädigung vorgesehen haben.²⁾

Damit werden die oben S. 136f zitierten gegenteiligen Meinungen in Rechtsprechung und Wissenschaft, die, teils ohne jegliche Begründung, teils nur unter Berufung auf die Entscheidung des RGZ 133, 124, in der Anordnung eines A- und B-Zwangs für die betroffenen Gewerbetreibenden eine Inhaltsbestimmung und -beschränkung des Eigentums sehen, abgelehnt. Insbesondere der

Gewerbebetrieb) vorliegen und dann der allgemeine Aufopferungsgrundsatz durch die Sonderregelung der Enteignung verdrängt wird; (hM) vgl. BGHZ 8, 273; 13, 88(91); 23, 157(161); - zum Verhältnis des Aufopferungsanspruchs zum Anspruch auf Enteignungsent- schädigung vgl. in einzelnen Hans J. WOLFF, VwR I § 61 II e S. 323f. u. JANSSEN, Anspruch S. 133ff.

- 1) zit. nach BAUER, Diss.rer.pol. Bestattungswirtschaft S. 31
- 2) § 7 S.1 prSchlachthausG lautete: "Den Eigentümern und Nutzungsberechtigten der in dem Gemeindebezirke vorhandenen Privatschlachtanstalten ist für den erweislichen, wirklichen Schaden, welchen sie dadurch erleiden, daß die zum Schlachtbetriebe dienenden Gebäude und Einrichtungen infolge der nach § 1 getroffenen Anordnung ihrer Bestimmung entzogen werden, von der Gemeinde Ersatz zu leisten."
In § 1 des Entwurfs des Kommunalisierungsgesetzes hieß es: "Die Gemeinden sind ermächtigt, nach Maßgabe des Gesetzes aus Gründen des öffentlichen Wohls bei Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses privatwirtschaftliche erwerbsmäßige Unternehmen, die vorwiegend Zwecken des Gemeindebezirks dienen, mit Zustimmung der Reichsregierung gegen angemessene Entschädigung aus der Privatwirtschaft in die Gemeinwirtschaft zu überführen."

Ansicht von SUREN-LOSCHOLDER¹⁾, das Eigentum sei als Gemeinschaftswert anzusehen und die Treupflicht des Eigentümers gegenüber der Gemeinschaft verpflichte ihn zur Duldung gewisser für die Allgemeinheit notwendiger Eingriffe im Rahmen der Pflichtbindung, muß mit Entschiedenheit widersprochen werden. Diese aus der Zeit des Nationalsozialismus stammende Rechtsauffassung (man beachte die Worte: "Eigentum als Gemeinschaftswert", "Treupflicht gegenüber der Gemeinschaft") kann heute unter der Geltung des GG und angesichts des ausgedehnten Eigentumsschutzes, den Art. 14 GG den vermögenswerten Rechten aller Staatsbürger verleiht²⁾, nicht mehr als gültig angesehen werden. Es ist zwar einzuräumen, daß die Leistung von Enteignungsentschädigungen besonders für kleinere finanzschwache Gemeinden oftmals zu schweren Belastungen führen mag. Dies darf die Gemeinden, die Aufsichtsbehörden und Gerichte jedoch nicht zur Verkennung der wirklichen Rechtslage veranlassen. Einem für beide Seiten - den Gemeinden und den durch die Anordnung eines A- und B-Zwangs betroffenen Gewerbetreibenden - annehmbaren modus vivendi dürfte es oft entsprechen, wenn die Gemeinden den Gewerbetreibenden im Wege des "A- und B-Zwangs zugunsten privater Unternehmer"³⁾ gestatteten, ihren Gewerbebetrieb als gemeindliche Einrichtung unter weitgehenden gemeindlichen Kontroll- und Weisungsbefugnissen fortzuführen.

2. Die Junktim-Klausel des Art. 14 III 2 GG

Nach Art. 14 III 2 GG darf eine Enteignung nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das

1) Komm.z.DGO Bd. I S. 301f. - s.a. oben S. 137

2) vgl. BGHZ 6, 270ff. und v.KÖHLER, Fragen DVBl 1958, 191(193)

3) vgl. oben S.54ff.

Art und Ausmaß der Entschädigung regelt (sogen. Junktim-Klausel).

Über die Frage, ob ein Verstoß gegen die Junktim-Klausel das Enteignungsgesetz verfassungswidrig und nichtig macht oder nicht, herrscht Streit. Dieser Streit bedarf einer näheren Untersuchung angesichts der Frage, ob in den den A- und B-Zwang anordnenden Satzungen - inbes. bei einer Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr - eine Entschädigungsregelung für die ausgeschalteten privaten Gewerbetreibenden getroffen werden muß. Die weitaus überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft sieht mit Rücksicht auf den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 14 III 2 GG die Entschädigungsregelung als zwingende Gültigkeitsvoraussetzung für Enteignungsgesetze an.¹⁾ Gegenteiliger Ansicht sind vor allem JELLINEK²⁾, FORSTHOFF³⁾, das BVwG⁴⁾ und BACHOF⁵⁾.

JELLINEK meint, eine ausdrückliche Entschädigungsregelung in Enteignungsgesetzen sei überflüssig, da unter "Gesetz" i.S. von Art. 14 III 2 GG auch der unter der WRV entwickelte "ungeschriebene Rechtssatz" verstanden werden müsse, daß jeder erhebliche Eingriff in die vermögensrechtliche Rechtssphäre als Enteignung aufzufassen sei und zu einer angemessenen Ent-

1) vgl. etwa: BVfG v.21.7.1955 E 4, 230 = DVBl 1955, 558 = JZ 1955, 541 = NJW 1955, 1268; OVG Münster v.8.10.1958 - III A 262/55 - KStZ 1959, 106, Leits. zit. Gemeinde 1959, 111; HUBER, WirtschaftsVwR II S. 55; WEBER, Eigentum S. 384; HAMANN, GG Anm. 11 zu Art. 14 S. 154; Hans J. WOLFF, VwR I § 62 IV 1 S. 332

2) Anm.z.Urt.d.OVG Hmb v.14.10.1950 DVBl 1951, 284

3) VwR I 3.Aufl. 1953 S. 265

4) v.8.12.1953 E 1, 42 = DöV 1954, 282

5) Bedeutung, DöV 1954, 594

schädigung verpflichte¹⁾.

FORSTHOFF wollte bei einem Verstoß gegen die Junktim-Klausel die fehlende Entschädigungsregelung aus dem mit Verfassungsvorrang geltenden Art. 14 GG selbst entnehmen, da Art. 14 III 3 GG das Maß der Entschädigung, das als normal und zugleich als Minimum zu gelten habe, hinreichend deutlich festlege²⁾.

Das BVwG hat die Ansicht vertreten, daß bei fehlender Entschädigungsregelung der "ordentliche" Rechtsweg für die Entscheidung über die Höhe der Entschädigung gegeben sei.³⁾

BACHOF ist schließlich der Auffassung, daß die Junktimvorschrift sich nur auf solche Gesetze beziehen könne, "die erkennbar und eindeutig eine Enteignung vornehmen oder zulassen". Es hieße, die dem Gesetzgeber vernünftigerweise zumutbaren Anforderungen weit überspannen, wollte man von ihm die Entschädigungsregelung auch in allen solchen Gesetzen verlangen, die zwar irgendwie die Vermögenssphäre berührten und möglicherweise zu einer Beeinträchtigung derselben führen könnten, bei denen der Enteignungscharakter solcher Beeinträchtigungen aber höchst zweifelhaft sei.⁴⁾

Diesen Ansichten kann nicht gefolgt werden; sie widersprechen dem Grundgesetz. Der Meinung von JELLINEK ist insofern entgegenzutreten, als es einen "ungeschriebenen Rechtssatz" des Inhalts, daß jeder erheb-

1) wie Anm. 2 S. 147

2) VwR I 3. Aufl. S. 265; diese Ansicht ist allerdings in den späteren Auflagen aufgegeben worden, vgl. z.B. 7. Aufl. 1958 S. 306

3) BVwG v. 8.12.1953 E 1, 42 = DöV 1954, 282

4) BACHOF, Bedeutung DöV 1954, 594

liche Eingriff in die vermögensrechtliche Rechtssphäre als Enteignung aufzufassen sei und zu einer angemessenen Entschädigung verpflichte, sich nicht unter der WRV gebildet hat und auch heute nicht gibt. Dies beweist die ständige Rechtsprechung des RG während der Weimarer Zeit, die, ebenso wie die des BGH heute, auf der Grundlage der Einzelaktstheorie eine Enteignung nur bei einem vermögensrechtlichen Sonderopfer und nicht bei jedem erheblichen Eingriff angenommen hat.¹⁾ Durch einen solchen "ungeschriebenen Rechtsatz" würde im übrigen auch nichts über die Art der Entschädigung gesagt, deren Regelung in Art. 14 III 2 GG vorgeschrieben ist. Wäre die Bestimmung des Art. 14 III 3 GG: "die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen", selbst bereits als gesetzliche Regelung über Art und Ausmaß der Entschädigung anzusehen, wie FORSTHOFF meint, so wäre die Junktiv-Klausel, d.h. Art. 14 III 2 GG überhaupt überflüssig und eine Entschädigungsregelung ergäbe sich nur aus Art. 14 III 3 GG. Dies war jedoch nicht der Wille des Grundgesetzgebers, der ausdrücklich Art und Ausmaß der Entschädigung geregelt wissen wollte, worüber Art. 14 III 3 GG nichts sagt. Aus den gleichen Gründen kann der Meinung von BACHOF nicht beigespflichtet werden, denn aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 14 III 2 GG ergibt sich, daß jedes nach Inkrafttreten des GG erlassene Enteignungsgesetz ohne Rücksicht darauf, ob sein Enteignungscharakter für den Gesetzgeber eindeutig erkennbar ist oder nicht, eine Regelung über Art und Ausmaß der Entschädigung enthalten muß.²⁾ Auch der Versuch des

1) s.a. BVfG v. 21.7.1955 E 4, 230

2) wie Anm. 1

BVG, bei fehlender Entschädigungsregelung den Zivilgerichten die Bestimmung über die Höhe der Entschädigung zu überlassen, ist abzulehnen. Ein solches Verfahren war zwar während der WRV überwiegende Praxis¹⁾, wäre aber heute ein unzulässiger Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers, denn Art. 14 III 2 GG hat nicht den Gerichten, sondern eindeutig ihm die Regelungspflicht über die Enteignungsentschädigung übertragen.²⁾

Die anfangs gestellte Frage kann also nur dahin beantwortet werden, daß ein Verstoß gegen die Junktim-Klausel die den A- und B-Zwang anordnende Satzung - insbes. bei einer Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr - regelmäßig verfassungswidrig und nichtig macht.³⁾

Von dieser Regel ist jedoch dann abzuweichen, wenn die Einführung eines A- und B-Zwangs - z.B.hinsicht-

1) Hans J. WOLFF VwR I § 62 IV 1 S. 332

2) so hM vgl. die oben S. 147 Anm. 1 zit.Lit.u.Rspr.

3) ebenso FRITZ, Diss.A-u.B-Zwang S. 113; - sehr bedenklich ist die Entsch. des VwG Darmstadt v.11.7. 1957 - IV 336/57 - nicht veröffentl. Das Gericht erklärte eine Satzung mit B-Zwang über die Leichenbeförderung nur insoweit für unwirksam, als ein privater Unternehmer durch den B-Zwang von der Leichenbeförderung entschädigungslos ausgeschlossen werden sollte. Diese nur beschränkte Nichtigkeitserklärung der Satzung ist mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit und dem Grundsatz der generellen Geltung von Rechtsnormen (vgl.z.B. Art. 19 I 1 GG) unvereinbar. So kann selbst das BVfG gemäß § 78 BVfGG keine beschränkte Nichtigkeit von Gesetzen aussprechen. Einer unbeschränkten Nichtigkeitserklärung der Satzung steht auch in praxi nichts im Wege, denn dem Gemeinderat bleibt es ja unbenommen, erneut zu beschließen und hierbei die Frage der Entschädigung zu regeln.

lich einer gemeindlichen Wasserleitung - für einen einzelnen Betroffenen den Verlust eines vertraglichen Rechtes und damit eine Enteignung bewirkt.¹⁾ Dann kann die in der Satzung fehlende Entschädigungsregelung nicht als erheblich angesehen werden, da mit deren Erlaß n u r der allgemeine eigentumsbindende Charakter des A- und B-Zwangs hinsichtlich der gemeindlichen Wasserleitung, nicht jedoch ein v o n v o r n h e r e i n bekannter Tatbestand geregelt werden sollte, bei dem es zweifelhaft sein mußte, ob er als Enteignung aufzufassen war.²⁾

Anders ist jedoch die Sach- und Rechtslage bei der hier erörterten Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr. Werden diese Einrichtungen kommunalisiert, so ist es dem kommunalen Gesetzgeber - wenn private Unternehmer auf diesen Gebieten in der Gemeinde tätig sind - v o n v o r n h e r e i n bekannt, daß jene durch die Anordnung des A- und B-Zwangs ausgeschaltet werden. Sieht der kommunale Gesetzgeber für sie gleichwohl den Tatbestand der Enteignung nicht als gegeben an, und unterläßt er deshalb in der Satzung eine Entschädigungsregelung, d.h. beurteilt er einen gesetzlichen Tatbestand falsch, so muß er die Folgen dieses seines Irrtums hinnehmen. Die den A- und B-Zwang anordnende Satzung muß dann wegen Fehlens des Junktims als verfassungswidrig und nichtig angesehen werden.³⁾

1) vgl. die oben S. 134 Anm. 4 erörterte Entsch. des OVG Münster v. 8.10.1958 - III A 262/55 - KStZ 1959, 106

2) so zutreffend OVG Münster v. 8.10.1958 KStZ 1959, 106; s.a. JANSSEN, Anspruch S. 173-207 und WOLFF, VwR I 4.Aufl. § 62 III a) zur "finalen Funktion" der Junktim-Klausel

3) wie Anm. 1)

§ 19 Das Verhältnis zu Art. 19 I 2 GG

Nach Art. 19 I 2 GG muß, wenn ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes e i n g e - s c h r ä n k t werden soll, dieses Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Grundrechtsartikels nennen (sogen. Zitiergebot).

Wie erörtert worden ist, "regelt" die Satzung des A- und B-Zwangs bei einer Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens, der Müll- und Fäkalienabfuhr das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) der bisher auf diesen Gebieten tätig gewesenen privaten Gewerbetreibenden.¹⁾ Bei der Kommunalisierung dieser Einrichtungen ist die Satzung für die betroffenen Gewerbetreibenden auch zugleich Enteignungsgesetz i.S. von Art. 14 III 2 GG²⁾. Bei der Kommunalisierung von gemeindlichen Wasserleitungs- und Kanalisationsanlagen hat die Satzung des A- und B-Zwangs für die betroffenen Grundstücks-(Brünnen-)eigentümer ferner eigentumsbindenden Charakter i.S. von Art. 14 I 2 GG³⁾.

Es fragt sich, ob das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG für Satzungen des A- und B-Zwangs in diesen erörterten Erscheinungsformen gilt.

Streitig ist, ob das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG eine "Muß"-Vorschrift ist, deren Verletzung die Nichtigkeit des grundrechtseinschränkenden Gesetzes zur Folge hat, oder nur eine "Soll"-Vorschrift.

Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft sieht mit Rücksicht auf den ausdrücklichen Wortlaut des Art. 19 I 2 GG dessen Zitiergebot

1) s. oben S. 115ff.

2) s. oben S. 135ff.

3) s. oben S. 134f.

als zwingende Gültigkeitsvoraussetzung für grundrechtseinschränkende Gesetze an.¹⁾ Das Erfordernis des Art. 19 I 2 GG enthalte die Wertung, daß der Schutz des Individuums wichtiger und höherwertiger sei als die Gültigkeit eines Gesetzes.²⁾

Gegenteiliger Ansicht ist vor allem KLEIN³⁾, der Art. 19 I 2 GG nur als eine "Soll"-Vorschrift bezeichnet, deren Verletzung durch ein grundrechtseinschränkendes Gesetz deswegen nicht die Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge habe. Art. 19 I 2 GG könne nur als Formalismus und eine unnötige Erschwerung der Arbeit des Gesetzgebers angesehen werden, denn anderenfalls sei dieser gezwungen, das Gesetz in einem umständlichen und langwierigen Verfahren neu zu beschließen, was mit dem an sich billigenwerten Sinne dieser Vorschrift nicht zu vereinbaren sei.⁴⁾

Für die hier zu entscheidende Frage kann dahingestellt bleiben, ob ein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG die Nichtigkeit des grundrechtseinschränkenden Gesetzes zur Folge hat oder nicht, denn - wie im folgenden darzulegen sein wird - gilt

- 1) vgl. etwa: BVfG v.10.2.1953 E 2, 121; v.25.5.1956 E 5, 13(15f) = NJW 1956, 986; v.13.6.1956 E 5, 77 (84); OVG Münster v. 8.10.1958 KStZ 1959, 106; v.5.11.1958 E 14, 170(178); ferner: ABRAHAM, BK Anm. II e) zu Art. 19 GG; HUBER, WirtschaftsVwR II S. 18; WEBER, Eigentum S. 369; MAUNZ, Staatsrecht S. 103; RÖHL, Nennung AöR 81, 213; HAMANN, GG Anm. C 5 zu Art. 19 S. 172
- 2) so ABRAHAM, BK Anm. II e) zu Art. 19 GG
- 3) in: v.MANGOLDT-KLEIN, BGG Vorbem. B XV 3 b S.132f und Anm. IV 3 zu Art. 19 S. 547
- 4) In ähnlichem Sinne äußern sich: v.MANGOLDT, BGG Anm. 3 zu Art. 14 GG S. 119f. und DÜRIG, Generalermächtigung AöR 79, 61 Anm 13. - Im einzelnen ist noch vieles streitig, vgl. insbes. v.MANGOLDT-KLEIN Anm. IV 3 zu Art. 19 S. 547-551 und RÖHL, Nennung AöR 81, 195-214

das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG nicht für Satzungen des A- und B-Zwangs, gleichgültig, ob sie die Berufsfreiheit regelnden (Art. 12 I 2 GG), enteignenden (Art. 14 III 2 GG) oder eigentumsbindenden (Art. 14 I 2 GG) Charakter haben.

I. Die Satzung des A- und B-Zwangs als die Berufsfreiheit regelndes Gesetz (Art. 12 I 2 GG) und als Enteignungsgesetz (Art. 14 III 2 GG)

Bevor die Frage beantwortet werden kann, ob das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG für Satzungen des A- und B-Zwangs in dieser Erscheinungsform¹⁾ gilt, bedarf es zunächst folgender Abgrenzung. Die Bestimmung des Art. 19 I 2 GG gilt nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut n u r für solche Grundrechte, die "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes e i n g e -
s c h r ä n k t werden können", also nur für jene, die "eingeschränkt", oder "beschränkt" werden können oder in die "eingegriffen" werden kann (Art. 2 II 3; 8 II; 10 S.2; 11 II 1; 13 III; 17 a I und II GG), nicht jedoch für solche, deren nähere Ausgestaltung ("Regelung") dem Gesetz vorbehalten ist (Art. 4 III 2; 12 I 2 GG) oder bei denen das GG zwar einen Gesetzesvorbehalt in der üblichen Formulierung "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" aufstellt, ohne aber von "Einschränkungen", "Beschränkungen" oder "Eingriffen" (Art. 6 III; 14 III 2; 15 S.1; 16 I 2 GG) zu sprechen.²⁾

Diese f o r m a l e Abgrenzung ist einerseits im

1) vgl. oben S. 115ff. und S. 135ff.

2) RÖHL, Nennung ABR 81, 203 (206f.); s.a. HAMANN, GG Anm. C zu Art. 19 S. 171 und BACHOF, Freiheit S. 208 f. Kritisch zur Auffassung RÖHLS KLEIN in: v. MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. IV 3 b zu Art. 19 S. 549f.

Hinblick auf die f o r m a l e Bestimmung des Art. 19 I 2 GG, andererseits deswegen gerechtfertigt, weil das GG einzelne Gesetzesvorbehalte ausdrücklich als "Einschränkung", "Beschränkung" oder "Eingriff" bezeichnet, andere aber nicht.¹⁾

Wendet man diese Überlegungen auf die Satzung des A- und B-Zwangs als die Berufsfreiheit "regelndes" Gesetz (Art. 12 I 2 GG) und als Enteignungsgesetz (Art. 14 III 2 GG) an, so ergibt sich folgendes: Als die Berufsfreiheit "regelndes" Gesetz schränkt die Satzung des A- und B-Zwangs nicht das Grundrecht der Berufsfreiheit der betroffenen Gewerbetreibenden ein i.S. von Art. 19 I 2 GG, weil das Wort "regeln", das der Grundgesetzgeber in Art. 12 I 2 GG "offenbar bewußt(!)" statt des in den Grundrechtsbestimmungen sonst üblichen 'beschränken' oder 'einschränken' gebraucht", darauf hinweist, "daß eher an eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her, d.h. der im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen, gedacht ist als an Beschränkungen, durch die der Gesetzgeber über den sachlichen Gehalt des Grundrechts selbst verfügen, nämlich seinen natürlichen, sich aus rationaler Sinnerschließung ergebenden Geltungsbersich von außen her einengen würde."²⁾ Die Satzung des A- und B-Zwangs stellt also für das Grundrecht der Berufsfreiheit der betroffenen Gewerbetreibenden keine neue, bisher nicht vorhandene Schranke auf, d.h. sie schränkt das Grundrecht nicht ein i.S. von Art. 19 I 2 GG, sondern bestimmt und konkretisiert lediglich die im Wesen des Grundrechts "Berufsfreiheit" selbst angelegten Gren-

1) RÖHL, Nennung A&R 81, 206f.

2) so BVfG v.11.6.1958 E 7, 377(404), kritisch, aber doch im Ergebnis zustimmend, BACHOF, Freiheit S. 209f.

zen (sogen. "immanenten Schranken"¹⁾), die jedem Freiheitsrecht innewohnen.

Auch als Enteignungsgesetz unterliegt die Satzung des A- und B-Zwangs nicht dem Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG, selbst wenn man Enteignungsgesetze als grundrechtseinschränkende Gesetze i.S. dieser Vorschrift ansähe²⁾ - was indessen zweifelhaft ist, wie eingangs mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 14 III 2 GG angedeutet worden ist - , denn die Junktivvorschrift des Art. 14 III 2 GG geht als besondere Form des Zitiergebotes des Art. 19 I 2 GG und daher als lex specialis dem Art. 19 I 2 GG vor. MaW: Mit der in der Satzung festgelegten Entschädigungsregelung und dem damit notwendig verbundenen Zitat des Art. 14 GG wird der Vorschrift des Art. 19 I 2 GG Genüge getan.³⁾

II. Die Satzung des A- und B-Zwangs als eigentumsbindendes Gesetz (Art. 14 I 2 GG)

Für die Beantwortung der Frage, ob das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG auf Satzungen des A- und B-Zwangs mit eigentumsbindendem Charakter⁴⁾ Anwendung findet, gilt das oben⁵⁾ hinsichtlich der Satzung des A- und

- 1) BACHOF, Freiheit S. 209; gegen die Formulierung "immanente Schranken" wendet sich KLEIN in v.MAN-GOLDT-KLEIN, BGG Vorbem. B XV 1 b S. 121 f.; s.a. KLEINs subtile Schrankensystematik Vorbem. XV S. 120-133 und BACHOFs Kritik hierzu; Freiheit S. 170 Anm. 58
- 2) So BACHOF, Bedeutung DöV 1954, 595 Anm. 24; ders. Freiheit S. 208 Anm. 203, s.a. DÜRIG, Enteignungsbegriff JZ 1954, 7
- 3) OVG Münster v.8.10.1958 - III A 262/55 - KStZ 1959, 106; s.a. WEBER, Eigentum S. 369; v.MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. VII 7 e S. 448 jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 4) bei einer Kommunalisierung gemeindlicher Wasserleitungs- und Kanalisationsanlagen - s.oben S.134f.
- 5) vgl. oben S. 155f.

B-Zwangs als die Berufsfreiheit "regelndes" Gesetz Gesagte entsprechend. Hat die Satzung eigentumsbindenden Charakter (Art. 14 I 2 GG), so schränkt sie ebensowenig wie Satzungen mit Berufsfreiheit "regelndem" Charakter (Art. 12 I 2 GG) ein Grundrecht ein i.S. von Art. 19 I 2 GG. Denn bei der Kommunalisierung gemeindlicher Wasserleitungs- und Kanalisationsanlagen zieht die Satzung für das Grundstücks-(Brunnen-)eigentum der betroffenen Grundeigentümer keine neue, bisher nicht vorhandene Schranke, sondern stellt gemäß Art. 14 I 2 GG lediglich fest, worin konkret die Pflichtbindung des Eigentums besteht. Diese Pflichtbindung des Eigentums ist in Art. 14 II GG so formuliert: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen." Mit dieser "sozialstaatlichen Hypothek"¹⁾ ist jeder Eigentümer belastet; diese Verpflichtung ist jedem Eigentum "immanent" und eben mit dieser ist das Eigentum in Art. 14 GG überhaupt nur garantiert.²⁾ Zu dieser Eigentumsbindung gehört auch die Pflicht, alles dem "Wohle der Allgemeinheit" dienende, d.h. im öffentlichen (hier volksgesundheitlichen) Interesse liegende zu tun. Die Satzung des A- und B-Zwangs schränkt deshalb das Eigentum der betroffenen Grundstücks-(Brunnen-)eigentümer der Gemeinde nicht ein i.S. von Art. 19 I 2 GG, sondern bestimmt und konkretisiert lediglich eine schon vorhandene, dem Eigentum innewohnende sozialstaatliche Pflicht.³⁾

1) so OVG Münster v.5.11.1958 E 14, 170(179)

2) WEBER, Eigentum S. 369

3) OVG Münster v.5.11.1958 E 14, 170(179f.); WEBER, Eigentum S. 369; v.MANGOLDT-KLEIN, BGG Anm. V 1 d zu Art. 14 S. 432 jeweils mit weiteren Nachweisen.

§ 20 Zusammenfassung

- A. Der A- und B-Zwang ist mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit nicht bestimmte nichtkommunalisierbare Einrichtungen und Dienstleistungen des Bestattungswesens (Leichenbeförderung, Lieferung von Särgen, Urnen und Sargausstattungen) kommunalisiert werden. Werden diese Einrichtungen und Dienstleistungen kommunalisiert, so ist die den B-Zwang anordnende Satzung gesetzes- und verfassungswidrig.
- B. Satzungen des A- und B-Zwangs können die Berufsfreiheit regelnden (Art. 12 I 2 GG), enteignenden (Art. 14.III 2 GG) und eigentumsbindenden (Art. 14 I 2 GG) Charakter haben.
- I. Bei der Kommunalisierung bestimmter Einrichtungen des Bestattungswesens (Leichenbehandlung), der Müll- und Fäkalienabfuhr ist die Satzung für die betroffenen Gewerbetreibenden (Bestattungs-, Müll- und Fäkalienabfuhrunternehmer) der Gemeinde zugleich ein die Berufsfreiheit regelndes Gesetz (Art. 12 I 2 GG) und Enteignungsgesetz (Art. 14 III 2 GG).
1. Ist die Satzung ein die Berufsfreiheit regelndes Gesetz, so muß die den A- und B-Zwang anordnende Gemeinde das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt haben. Die Frage, ob das Prinzip der Verhältnismäßigkeit für die Regelung der Berufsfreiheit der betroffenen Gewerbetreibenden gewahrt ist, bestimmt sich nach dem Vorhandensein eines "dringenden öffentlichen Bedürfnisses", einer gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzung, die der richterlichen Kontrolle insoweit unterliegt, als nicht der eigene "Beurteilungsspielraum" der Gemeinden in Frage steht. Haben die Gemeinden dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprochen, so ergeben

sich für sie keine weiteren Regelungsgrenzen mehr aus der Wesensgehaltsschranke des Art. 19 II GG.

Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG gilt nicht für die Satzung, da sie das Grundrecht der Berufsfreiheit der betroffenen Gewerbetreibenden nicht "einschränkt" i.S. von Art. 19 I 2 GG, sondern lediglich die im Wesen des Grundrechts "Berufsfreiheit" selbst angelegten Grenzen konkretisiert.

2. Ist die Satzung Enteignungsgesetz, so muß sie für die betroffenen Gewerbetreibenden Art und Ausmaß der Entschädigung regeln (sogen. Junktim-Klausel). Anderenfalls ist sie verfassungswidrig und nichtig.

Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG gilt nicht für die Satzung, da die Junktimvorschrift des Art. 14 III 2 GG als *lex specialis* dem Art. 19 I 2 GG vorgeht.

- II. Bei einer Kommunalisierung von gemeindlichen Wasserleitungs- und Kanalisationsanlagen ist die Satzung des A- und B-Zwangs für die betroffenen Grundstücks- (Brunnen-)eigentümer der Gemeinde eigentumsbindendes Gesetz (Art. 14 I 2 GG).

Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG gilt nicht für die Satzung, da sie das Grundrecht "Eigentum" der betroffenen Grundeigentümer nicht "einschränkt" i.S. von Art. 19 I 2 GG, sondern lediglich eine schon vorhandene, dem Eigentum innewohnende, sozialstaatliche Pflicht konkretisiert.

Lebenslauf

Am 17. August 1933 wurde ich, Helmut Wietkamp, als ältester von drei Söhnen des Verbandsrevisors und Diplom-Landwirtes Heinrich Wietkamp und seiner Ehefrau Mimi, geb. Lutter, in Münster (Westf.) geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 15. März 1954 bestand ich an dem neusprachlichen "Schlaun"-Gymnasium in Münster (Westf.) die Reifeprüfung.

Nach einem rechts- und staatswissenschaftlichen Studium von sieben Semestern an den Universitäten in Münster und München habe ich am 8. März 1958 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung abgelegt.

Seit dem 1. April 1958 bin ich als Referendar im Justizvorbereitungsdienst tätig.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 16. Dezember 1961 statt.

